Inwieweit berührt das Notherbenrecht die Vermächtnissnehmer?

Dargestellt

unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Juristischen Doctorwürde

vorgelegt

der hohen Juristischen Fakultät der Landes-Universität Rostock

von

Günther Schibalski

Referendar.

ACAD. LAND RAT BIBL.

1902.

Druck von Herlitz & Plessner, Kattowitz O.-S.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0013

Meinen lieben Eltern.

Inhalts-Verzeichniss.

Seite

Einleitung: Ueber den Rechtsgrund einer Beeinflussung der Vermächtnisse durch das Pflichttheilsrecht 1

Erster Theil.

Geschichtliche Entwicklung der Frage.

I. Kapitel: Nach römischem Recht in den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

1. Abschnitt: Nach formellem Notherbenrecht.

§ 1. I. Der Einfluss des formellen civilen Notherbenrechtes auf die Vermächtnisse 3

II. Die bonorum possessionem contra tabulas und die Vermächtnisse. Das edictum de legatis praestandis.

A. In Bezug auf Vermächtnisse.

§ 2. 1. Die durch das Edictum de leg. praest. geschützten Vermächtnissnehmer 5

§ 3. 2. Voraussetzungen des Uebergangs dieser bevorzugten Vermächtnisse 7

3. Umfang der Erhaltung der Vermächtnisse.

a) bei Erbeseinsetzungen in einem Grade.

§ 4. *a.* bei Praeterition des filius suus, der ceteri sui 9

§ 5. *b.* bei Praeterition eines emancipatus neben einem suus und umgekehrt . . . 12

§ 6. b) bei Erbeseinsetzungen in mehreren Graden . 15

§ 7. 4. Mass der Erhaltung der Vermächtnisse . . 18

§ 8. 5. Vergrösserung der Vermächtnisse infolge eingetretener bonor. poss. c. tab. 21

§ 9. 6. Vermächtniss an einen Notherben 21

Seite

§ 10. B. Ausdehnung des Edikts auf Erbtheile und Behandlung der auf diesen lastenden Vermächtnisse: . . . 22

§ 11. Anhang: Einfluss der bon. poss. c. tab. auf die in Verbindung mit Pupillarstubstitutionen angeordneten Vermächtnisse 23

2. Abschnitt: Nach materiellem Notherben-(Pflichttheils-)recht. Die querela inofficiosi testamenti und die Vermächtnisse.

§ 12. I. Grenze der Vermächtnissleistung bei der Querel . . 25

II. Betheiligung der Vermächtnissleistung an der Querel.

§ 13. a) Aktiv 27

§ 14. b) Passiv. 28

§ 15. III. Hinterlassung des Pflichttheils durch Vermächtniss . . 30

§ 16. 3. Abschnitt: Die actio suppletoria und die Vermächtnisse
4. Abschnitt: Regelung der Frage nach dem Recht der Novelle 115 31

§ 17. I. Pflichttheil und Vermächtniss 33

§ 18. II. Vermächtniss an einen Pflichttheilsberechtigten . . . 34

II. Kapitel: Uebersicht über die Entwicklung der Frage bis zum A. L. R.

§ 19. I. Die Entwicklung im kanonischen und gemeinen Recht . 36

§ 20. II. Stellungnahme der deutschen Partikularrechte . . . 37

III. Kapitel: Die Regelung der Frage in den neueren Kodifikationen.

1. Abschnitt: Nach dem Preussischen allgemeinen Landrecht.

§ 21. I. Einleitende Bemerkungen über die rechtliche Natur des Pflichttheils im A. L. R. 38

§ 22. II. Prinzipale oder subsidiäre Beitragspflicht der Legatare zur Pflichttheilslast? 41

§ 23. III. Passivlegitimation der Legatare gegenüber der Pflichttheilsklage 46

§ 24. 2. Abschnitt: Nach dem Recht des österreichischen allgemeinen Gesetzbuches 50

§ 25. 3. Abschnitt: Nach französischem Recht und den verwandten Rechten 52

§ 26. 4. Abschnitt: Nach dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen 55

Zweiter Theil.

Stellung der Vermächtnissnehmer zum Pflichttheilsrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

A. Allgemeines.

§ 27. I. Charakteristik des Pflichttheilsrechtes. Passivlegitimation gegenüber der Pflichttheilsklage . . . . . Seite 57

§ 28 II. Allgemeines Princip der Haftung der Vermächtnissnehmer 59

B. Spezielles.

I. Vertheilung der Pflichttheilslast.

§ 29. 1. Beitragspflicht „fremder“ Vermächtnissnehmer . . 61

§ 30. 2. Beitragspflicht „pflichttheilsberechtigter“ Vermächtnissnehmer 76

§ 31. 3. Kürzung der auf einem Pflichterbtheil im Sinne des § 2306 lastenden Vermächtnisse 82

§ 32. 4. Kürzung der Untervermächtnisse 84

§ 33. II. Befreiung der Vermächtnissnehmer infolge Ueberwälzung der Pflichttheilslast auf Dritte 86

§ 34. III. Dispositiver Charakter dieser Vorschriften . . . 89

§ 35. IV. Ausübung des Kürzungsrechtes gegenüber den Vermächtnissnehmern 90

§ 36. Nachtrag: Einfluss der unbeabsichtigten Uebergehung eines Pflichttheilsberechtigten auf die Vermächtnisse . . . 92

Litteratur-Verzeichniss.

a) Lehr- und Handbücher. Monographieen.

Arndts:	in Weiske's Rechtslexikon. Band VIII. sub voce: Pflichttheils- und Notherbenrecht. S. 79 flg.
„	Gesammelte civilistische Schriften B. II. 1873.
Baron:	Pandekten. 6. Aufl. 1887.
Bluntschli:	Entwicklung der Erbfolge gegen den letzten Willen. 1829.
„	Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt- und Landschaft Zürich. Theil II. 1839.
Böhm:	Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. 1900.
Brinz:	Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. 1886. B. III. Abthl. 1.
Dernburg:	Pandekten 6. Aufl. 1901. B. III.
„	Lehrbuch des preussischen Privatrechts. 5. Aufl. 1896. B. III.
Eccius (Förster-Eccius):	Preussisches Privatrecht. 7. Aufl. 1897. B. IV.
Endemann:	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 7. Aufl. 1900. B. III.
Fischer, O.:	Lehrbuch des preussischen Privatrechts. 1887.
Förster:	siehe Förster-Eccius.
Franke:	Das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. 1831.
Gierke:	Der Entwurf eines B. G. B. und das deutsche Recht. 1889.
Glück:	Ausführliche Erläuterungen zu den Pandekten. B. VII. XXXVI. XXXVII.
Gruchot:	Preussisches Erbrecht in Glossen zum A. L. R. 1865/1867. B. I. und III.

Heimbach:	in Weiske's Rechtslexikon B. II. sub voce: bonorum possessio. S. 307 flg.
Karlowa:	Römische Rechtsgeschichte. B. II. 1901.
v. Keller:	Pandekten. 2. Aufl. 1867.
Koch:	Das preussische Erbrecht aus dem gemeinen deutschen Recht entwickelt. 1886.
„	Kommentar zum Preussischen Landrecht. 8. Aufl. 1886. B. III. Herausgegeben von Achilles, Hinschius etc.
Koeppen:	Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts. 1895.
Kuhlenbeck:	Von den Pandekten zum B. G. B. 1901. Th. III.
Küntzel:	bei Gruchot B. 41. S. 613/615 sub voce: Strohals kritische Bemerkungen etc.
Matthiass:	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1900 B. II.
Mommsen:	Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht. 1876.
Meischeider:	Die letztwilligen Verfügungen nach dem B. G. B. 1900.
Schiffner:	Pflichttheil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse nach dem B. G. B. 1897.
A. Schmidt:	Das formelle Recht der Notherben. 1862.
Schroeder:	Das Notherbenrecht. 1877.
Strohal:	Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des B. G. B. 2. Aufl. 1901.
Schultzenstein:	Beiträge zur Lehre vom Pflichttheilsrecht. 2. Aufl. 1883.
Siebenhaar:	Kommentar zum B. G. B. für das Kgr. Sachsen. 2. Aufl. 1869. B. III.
Stobbe:	Handbuch des Deutschen Privatrechts. 1885. B. V.
Temme:	Lehrbuch des preussischen Civilrechts. 1846. B. II.
Unger:	System des österreichischen Privatrechts. 4. Aufl. 1894. B. VI.
Vangerow:	Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. 1876. B. II.
Wächter:	Pandekten: 1881. B. II.
Windscheid:	Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1900 besorgt von Kipp. B. III.
Wulff:	Hamburgische Gesetze und Verordnungen 1891. B. II.
Zachariae von Lingenthal:	Handbuch des französischen Civilrechts. 8. Aufl. 1885. B. IV.
Zitelmann:	bei Gruchot B. 20. S. 321. flg. sub voce: Die Natur des Pflichttheilsrechts und die Pflichttheilsklage nach preussischem Recht.

b) Kommentare zum B. G. B.

Fischer-Heule: Handausgabe. 5. Aufl. 1802.

Frommhold: Das Erbrecht des bürgerlichen Gesetzbuches. 1900.

Planck-Ritgen: Kommentar B. V. 1902.

Scherer: Die Gesetzgebung des deutschen Reichs mit Erläuterungen. 1900. B. X.

Staudinger: Kommentar. B. V. [konnte nur bis § 2314 eingesehen werden].

Wilke-Reatz etc.: Kommentar. B. V. 1900.

c) Entscheidungen.

„Entsch." siehe: Entscheidungen des kgl. Obertribunals.

„Strieth" „ Striethorst: Archiv für Rechtsfälle.

„R. G." „ Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

d) Materialien.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. B. V. Erbrecht. Vorlage des Redaktors: Dr. von Schmitt. Berlin 1879. cit.: Theilentwurf.

Der Entwurf I. Lesung.

Motive zum bürgerlichen Gesetzbuch. B. V. Erbrecht.

Die Sitzungsprotokolle II. Lesung. Erbrecht. B. 5. Th. II.

Einleitung.

Über den Rechtsgrund einer Beeinflussung der Vermächtnisse durch das Pflichttheilsrecht.

Als der Gedanke der Testierfreiheit nach langem Ringen mit der altüberlieferten Anschauung von der Hausgemeinschaft und dem Hausvermögen sich siegreich Bahn gebrochen hatte, stellte sich sogleich die Nothwendigkeit heraus, der nunmehr dem Erblasser eingeräumten Willkür in gewisser Weise entgegenzutreten. Denn wenn auch immerhin mittlerweile der Familienverband sich gelockert hatte, so war er doch noch stark genug, dem Erblasser einige Beschränkungen aufzuerlegen und gewissen, ihm besonders nahestehenden Personen ein unentziehbares Recht zu gewähren, sei es auf Erwähnung im Testament, sei es auf Hinterlassung einer Quote des Erbtheils oder gewisse Vermögensstücke.

Dieses Recht des Notherben konnte nun in mehrfacher Weise geschützt werden:

Entweder legte das Gesetz auf Verletzung des Pflichttheils Strafe der Nichtigkeit des ganzen Testamentes in allen seinen Theilen, so dass also die im Testament Bedachten ohne Unterschied ihrer sonst ihnen vom Testator eingeräumten Stellung vom Pflichttheilsrecht gleichmässig betroffen wurden; oder aber man gelangte allmählich dazu, den Willen des Erblassers trotz seiner Pflichtwidrigkeit wenigstens insoweit anzuerkennen, als er die Rechte des Pflichttheilsberechtigten nicht beeinträchtigte. Unter diesem Gesichtspunkte mussten zunächst alle dieses Recht direkt beschränkenden Verfügungen fallen, so ins-

besondere die auf dem Pflichttheil lastenden Vermächtnisse. Denn das Recht auf den Pflichttheil ist jedenfalls stärker als das eines Vermächtnissnehmers.

Sofern aber der Notherbe auf andere Weise durch gänzliche oder theilweise Entziehung seiner Portion geschmälert worden war, gewährte ihm die Rechtsordnung einen Anspruch gegen die im Testament Bedachten, regelmässig gegen die Erben. Dass eine solche Massregel leicht zu Härten führen konnte, ist unschwer einzusehen. Warum sollte dem Testamentserben, der doch normalerweise als derjenige zu betrachten ist, der dem Erblasser am nächsten oder doch mindestens ebenso nahe stand, wie ein vom Testator bedachter Vermächtnissnehmer — warum sollte diesem allein die Befriedigung des Pflichttheilsberechtigten obliegen und dem Vermächtnissnehmer seine volle Zuwendung verbleiben? Hier wäre es doch nur recht und billig, beide in gleicher Weise für den Pflichttheil haften zu lassen.

Aber noch mehr! Spricht nicht ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit dafür, dass eine solche angemessene Vertheilung der Pflichttheilslast auch den muthmasslichen Willen des Erblassers trifft?[1]) Gewiss würde er selbst, sofern er nur um das Recht des Notherben gewusst hätte, eine entsprechende Kürzung der Vermächtnisse vorgenommen haben.[2])

Von diesem allgemeinen Gesichtspunkt betrachtet, erklärt sich die Behandlung unserer Frage im früheren und heutigen Recht, das, von demselben Prinzip ausgehend, nämlich: den Pflichttheilsberechtigten einerseits vor dem Vermächtnissnehmer zu schützen, andererseits hinsichtlich der Pflichttheilslast den Vermächtnissnehmer nicht besser zu stellen als den Erben — die Vermächtnissnehmer an das Schicksal der Pflichttheilsberechtigten kettet, mehr oder minder stark nach der jeweils veränderten Gestaltung, die das Pflichttheilsrecht in concreto angenommen hatte.

[1]) So auch die Motive V S. 420. A. M. Schultzenstein S. 213, gegen Mommsen polemisierend.

[2]) Vergl. die Begründung des Theilentwurfes S. 698, dazu Mommsen § 499 Abs. 3 und S. 480.

Erster Theil.

Geschichtliche Entwicklung der Frage.

I. Kapitel: Nach römischem Recht in den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

1. Abschnitt: Nach formellem Notherbenrecht.

§ 1.

I. Der Einfluss des formellen civilen Notherbenrechts auf die Vermächtnisse.[1])

Ia. Das in starren Formen sich bewegende alte Civilrecht, das an die Verletzung der Vorschrift einer namentlichen Erwähnung des filius suus Nichtigkeit des ganzen Testamentes knüpfte, liess damit keinen Raum für die Aufrechterhaltung der Vermächtnisse. Jede Verletzung des Rechtes eines filius suus zog von vornherein[2]) ipso iure[3]) Ungiltigkeit sämtlicher testamentarischen Verfügungen, also auch der Legate nach sich.[4]) So standen Pflichttheilsrecht und Vermächtniss in engstem Zusammenhang.

b. War das Notherbenrecht in der Person eines postumus, der ja gleichfalls Anspruch auf Erwähnung im Testament hatte, verletzt, so umfasste die mit dessen Geburt eintretende Ruption das ganze Testament, folgerichtig auch die Legate.[5]) Hierbei kam es nicht darauf an, ob der Präteration ein Irrthum des Erblassers zu Grunde lag oder nicht. Die Vorschrift war rein formell.[6])

[1]) Vergl. z. flg.: Windscheid III S. 355. Schmidt S. 21. Schröder S. 14, 15. Dernburg S. 281. Vangerow II S. 216, 226/227. Bluntschli S. 28—31, 33. Koeppen S. 592/593. Arndts bei Weiske VIII S. 85/86.

[2]) So nach der schliesslich im justinianischen Recht durchgedrungenen sabinianischen Ansicht. Gai II § 123.

[3]) Bluntschli S. 31.

[4]) l 17. D. 28, 3: filio praeterito qui fuit in patris potestate neque libertates competunt neque legata praestantur. . . . . Vergl. Schroeder S. 15, Anm. 4.

[5]) § 1 J. 2. 13: . . . sed postea adgnatione postumi sive postumae rumpitur et ea ratione totum infirmatur. Ferner c 1. C. 6. 29: ex rupto autem testamento nihil deberi neque peti posse explorati iuris est. Vgl. Schroeder S. 15, Anm. 9.

[6]) Vergl. Unger S. 375 a. E.

c. Anders bei den sog. Akkrescenzerben (Töchtern, Enkeln.[7]) Insofern Verletzung des Rechtes dieser Personen unter Aufrechterhaltung des Testamentes[8]) zu einer Schmälerung nur der Erbtheile führte, dagegen die Legate von ihnen verhältnissmässig zu leisten waren,[9]) wurden die Vermächtnissnehmer von dem Notherbenrecht dieser Personen nicht berührt. Die Pflichtheilslast aber war von der Gesammtheit der Erben zu tragen.[10])

II. Den Vorschriften dieses formalen Rechtes war nicht genügt, wenn der Erblasser etwa unter Präterition eines Notherben diesem ein Legat aussetzte. Es traten vielmehr hier die gleichen Folgen ein, wie wenn dem Berechtigten nichts zugewandt worden wäre.

a) War daher ein solcher Vermächtnissnehmer ein filius suus oder postumus, so wurde eben wegen Verletzung der Vorschrift einer namentlichen Institution bezw. Exheredation das Testament vernichtet, das Legat fiel aus und es trat Intestatfolge ein.

b) Gehörte dagegen der Vermächtnissnehmer zu den ceteri heredes, so war Folge der Verletzung des Notherbenrechts Akkrescenz. Da aber, wie oben (Ic) gezeigt wurde, in solchen Fällen die Legate zu leisten waren, und die Akkrescenzerben die Vermächtnisslast nach Verhältniss ihrer Akkrescenzportion neben den Testamentserben zu leisten hatten, so durfte ein solcher Akkrescenzerbe sowohl seine Erbportion

[7]) Vergl. hierzu Schmidt S. 22, 23, 24, Schroeder S. 17 – 19, Bluntschli S. 37, 38, 40, 41, Dernburg S. 282, Vangerow S. 217.

[8]) Gai II § 124: Ceteras vero liberorum personas si praeterierit testator, valet testamentum.

[9]) c. 4. C. 6. 28: filia autem praeterita ius adcrescendi . . . accipiebat, ut eodem momento . . . . ipsa quasi scripta legatis supponeretur.

[10]) Verfehlt erscheint dagegen die Auffassung Schmidts, der die Akkrescenzerben auch dann zur Leistung der Legate verpflichtet wissen will, wenn die Testamentserben insgesamt ausschlagen (Schmidt S. 24 Anm. 65). Dagegen mit Recht Schröder S. 18 u. Anm. 21. Uebereinstimmend Karlowa S. 890: „Das Testament wird destitutum, es tritt Intestatfolge ein . . . also fallen die Vermächtnisse."

wie das Vermächtniss fordern, die Erbportion natürlich nach Abzug des Betrages, der zur Tragung der Vermächtnisslast auf ihr ruhte.[11])

II. Die bonorum possessio contra tabulas und die Vermächtnissnehmer. Das edictum de legatis praestandis.

A. In Bezug auf Vermächtnisse.

§ 2.

1. Die durch das edictum de legatis praestandis geschützten Vermächtnissnehmer.[1])

Der Kreis der durch das formelle Notherbenrecht geschützten Personen wurde vom Prätor auf alle liberi ausgedehnt. Das Mittel, das er ihnen zur Geltendmachung ihrer Ansprüche in die Hand gab, war die bonorum possessio contra tabulas. Ob durch dieselbe das Testament „aufgehoben",[2]) „ausser Wirksamkeit gesetzt"[3]) wurde, oder zwar in Giltigkeit blieb, aber „wesentlich umgestaltet",[4]) „suspendiert",[5]) nur „seinem materiellen Inhalt nach aufgehoben"[6]) wurde, kommt für

[11]) Z. B.: Nachlass 1200. Eingesetzt sind die 3 filii sui A B C zu je 400. Die filia sua ist praeterirt, ihr ist jedoch ein Legat von 300 ausgesetzt, das die filii zu gleichen Theilen leisten sollen. Die D akkresciert nun also ihren Brüdern, infolgedessen verringern sich deren Erbtheile um je 100. Es würden demnach jetzt A B C D je 300 ex testamento zu beanspruchen haben. Nun aber fordert die D noch das Legat von 300. Dieses lastet jedoch jetzt nicht auf A B C, sondern auf A B C D, jeder hat also 75 dazu beizutragen, so dass die Erbtheile sich auf je 225 belaufen. Es erhält daher: A: 225, B: 225, C: 225, D: 225 als Erbtheil und 300 als Vermächtniss, im Ganzen also 525.

In den Quellen findet sich zwar ein diesbezüglicher Fall nicht. Die Entscheidung muss aber aus der Natur des formellen Notherbenrechtes folgen.

[1]) Vergl. z. flg.: Dernburg S. 284, Vangerow S. 217, 237—239, 241 flg. Bluntschli S. 87, Franke S. 145 flg. Köppen S. 597 u. Anm. 2, Schröder S. 169 flg. Keller S. 441.

[2]) Keller S. 441.

[3]) Schmidt S. 97.

[4]) Wächter II S. 837.

[5]) Bluntschli S. 88.

[6]) Vangerow II S. 239.

unsere Untersuchungen weniger in Betracht. Jedenfalls darf man „mit Rücksicht auf die weite Ausdehnung des von der bonorum possessio contra tabulas auf den letzten Willen ausgeübten Einflusses“[7]) sagen, „dass dieselbe das Testament unwirksam macht“.

Jedoch wurden durch einen besonderen Theil des Edikts Verfügungen zu Gunsten gewisser Personen aufrecht erhalten. Uns interessieren hier nur die Bestimmungen des Edikts über die Vermächtnisse. Nach diesem „edictum de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita“[8]) wurden aber bei erbetener bon. poss. contra tab. nicht etwa die Legate schlechthin, sondern nur solche zu Gunsten bestimmter, dem Erblasser besonders nahestehender Personen geschützt. Immerhin werden sie praktisch den weitaus grössten Theil der ausgesetzten Legate überhaupt betragen haben.[9]) Das leitende Motiv, das den Prätor zu einer solchen Massnahme veranlasste, war das: nach Möglichkeit den letzten Willen des Testators zu berücksichtigen[10]) dies um so eher, als analoge Erscheinungen bereits das Civilrecht der Akkrescenzerben bot.[11])

Als die durch das Edikt also bevorzugten Personen treten uns entgegen: die liberi und parentes[12]), die uxor und nurus wegen des legatum dotis. Gewöhnlich werden sie in den Quellen als „personae exceptae“ bezeichnet[13]) im Gegensatz zu den übrigen Bedachten, den „extraneis“[14]).

---

[7]) Schröder S. 110. A. M.: Franke S. 136—145.

[8]) Digestentitel 37. 5.

[9]) Bluntschli S. 90.

[10]) 1 1 p. D 37. 5: hic titulus aequitatem quandam habet naturalem . . . ut qui iudicia patris rescindunt . . . ex iudicio eius quibusdam personis legata . . . praestarent. Vergl. Schmidt S. 126, 127.

[11]) Schröder S. 166.

[12]) 1 1 § 1 D. 37. 5: sed ita demum, si iura cognitionis sunt inter eos. bezügl. der Adoptivkinder vergl. 1 1 § 2 eod., bez. der Postumi 1 1 § 3. Dagegen bleiben nicht die Vermächtnisse: „fratri et sorori“ 1 3 § 1 eod.

[13]) So in 1 5 § 8, 1 15 § 4, 1 20 p, 1 21 D. 37. 5.

[14]) 1 3 § 4, § 5, § 6, D eod. Vergl. Schmidt S. 131 Anm. 208.

§ 3.

2. Voraussetzungen des Überganges dieser bevorzugten Vermächtnisse.[1]

Diese Legate werden nun aber den exceptis nicht ohne weiteres so wie sie im Testament angeordnet sind, geleistet. Das Edikt stellt eine Reihe weiterer Voraussetzungen für den passiven Übergang dieser Vermächtnisse auf die die bonorum possessio agnoscierenden Notherben auf.

1. Einmal muss ein wenigstens nach prätorischem Recht gültiges Testament vorhanden sein d. h. ein solches, aus dem der Prätor die bon. poss. secundum tabulas gewährt, anderenfalls es überhaupt nicht zur bon. poss. contra tabulas kommen kann.[2] Antretung des Testaments wird dagegen nicht erfordert.[3]

2. Die Legate müssen gültig errichtet sein.[4]

3. Bezüglich der Testamentserben ist zu bemerken:

a) Treten die Testamentserben an, so haben sie nach allgemeinen Grundsätzen die Legate zu leisten.[5]

b) Versterben sämmtliche Testamentserben vor dem Testator, dann tritt Intestatfolge und damit Wegfall der Legate ein.[6] Ebenso wenn der beschwerte Testamentserbe zwar nach dem Testator, aber vor Erklärung des Erbschaftsantritts verstirbt.[7]

[1] Vergl. z. flg.: Schmidt S. 40, 81, 133—135, Vangerow S. 238, Schröder S. 168—170., Franke S. 132—134, 146. Bluntschli S. 93.

[2] 1 19. D. 37. 4. quod volgo dicitur liberis datam bonor. possessionem contra lignum esse sic intelligendum est, ut sufficiat exstitisse tabulas mortis tempore patris, ex quibus vel adiri hereditas vel secundum eas bonorum possessio peti potuit . . . Vergl. auch noch Schmidt S. 81. Vangerow II 238. Schröder S. 132.

[3] Franke S. 132, 133.

[4] 1 3 § 7 D 37 5: Ea autem legata sola praestant, qui contra tabulas bonorum possessionem accipiunt, quae utiliter data sunt. Vergl. ferner Schmidt S. 134, Schröder S. 168, Anm. 3 Franke S. 134.

[5] Schröder S. 169.

[6] 1 10 § 2 D 37 5 a. E. quodsi neque ex primo gradu neque ex secundo quisquam in rebus fuerit humanis, cum testator moritur, tunc ab intestato magis bonorum possessionem praeterito filio competere nec legata cuiquam praestanda. Vergl. Schmidt S. 135.

[7] 1 10 § 2 D 37 5 a. E. quodsi post mortem testatoris ante aditam hereditatem instituti decesserint . . ., ab eis relicta legata non esse praestanda. . . . .

c) Wird den Testamentserben die Erbschaft durch den „Kontratabulanten“[8]) wieder entrissen, so werden sie von der Vermächtnissleistung frei, die Klagen der bevorrechtigten Vermächtnissnehmer gehen nunmehr gegen den Kontratabulanten.[9])

d) Tritt keiner der Testamentserben an und liegt der Grund hierfür lediglich in der Befürchtung, es würde ihnen die Erbschaft wieder durch den Kontratabulanten entwehrt, so tritt nicht reine Intestatfolge ein, vielmehr sollen die Legate doch geleistet werden,[10]) es soll mit a. W. das Testament nicht als destitut betrachtet werden.

4. Ist ein Vermächtniss an eine excepta persona unter der Bedingung auferlegt, dass diese dem beschwerten Testamentserben etwas leiste, und tritt nunmehr bon. poss. contra tab. ein, so hat die excepta die Bedingung gegenüber dem an die Stelle des Testamentserben tretenden Kontratabulanten zu erfüllen.[11])

5. Es müssen die Legate den exceptis nicht nur vermacht sein, sondern sie müssen sie auch behalten dürfen. Bestimmt daher der Testator, dass ein solcher bevorzugter Vermächtnissnehmer das ihm Zugewandte wieder an eine persona extranea herausgeben soll, so wird dieses Legat nicht geschuldet.[12])

---

[8]) Im folgenden soll dieser wenig schöne, aber in der Litteratur noch allgemein gebräuchliche Ausdruck der Kürze halber verwendet werden.

[9]) l 13 p. D. 37. 4: omne enim ius transferri aequum est, quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum, quem praetor heredis loco constituit.

[10]) l 11. D. 37. 5: ad ubi institutus et substitutus vivant, licet nemo adeat hereditatem, ea tamen legata deberi dicimus, quae ab instituto data sunt. Vergl. l 3 § 7 u. l 4 D. eod. ferner Schmidt S. 35.

[11]) l 15 § 4 D 37 5: si extraneo herede instituto sub hac condicione exceptae personae legatum sit, si heredi X dederit, ita ei legatorum actio dabitur, si ei, qui contra tabulas honorum possessionem accepit, dederit, non si heredi instituto, quia absurdum est illum commoda hereditatis habere, alium onera sustinere in legato praestando. Vergl. Schmidt 130 u. Anm. 206, Schröder S. 169 u. Anm. 7.

[12]) l 3 § 4 D 37 5: item si quis ex his personis rogatus sit restituere extoro quod sibi relictum est, dicendum non esse legatum praestandum, quia emolumentum ad eum non respicit. Vergl. Schröder S. 117. Anm. 13. Franke S. 146.

Sachgemässer wäre es vielleicht, eine solche Bedingung einfach zu streichen, allein nach positiver Vorschrift der l 3 § 4 cit. soll auch das Legat ungiltig werden. Vergl. Schmidt S. 133. Anm. 218.

Folgerichtig findet bei konjunktiver Hinterlassung eines Vermächtnisses an eine excepta und extranea persona keine Akkrescenz des der extranea zugewandten und also hinfälligen Theiles statt.[13])

6. Ist die Sache dem Sklaven einer excepta legiert, so wird trotz des Erwerbes dieses Legats für die excepta es doch nicht geschuldet, weil das Edikt nicht sowohl auf den materiellen Vortheil sieht als auf den honor, der in der Zuwendung liegt.[14]) Dagegen wird das Legat an eine extranea, das diese nach dem Willen des Testators einer excepta herausgeben soll, vom Edikt geschützt.[15])

7. Über den Verlust des Legats durch Verzicht, insbesondere durch Erbittung der bon. poss. contra tab. siehe unten § 9.

3. Umfang der Erhaltung der Vermächtnisse.

a) Bei Erbeseinsetzungen in einem Grade.

§ 4.

a. Bei Präterition des filius suus, der ceteri sui.[1])

Zu den eben aufgezählten Beschränkungen der Vermächtnissleistung kommen noch die in den beiden folgenden §§ zu besprechenden hinzu, die vom Prätor mit Rücksicht auf die Rechtsstellung der Präterirten angeordnet wurden.

Ia) War ein filius suus präterirt, so stand ihm ein zwiefacher Weg offen: Entweder er berief sich auf die Nichtigkeit des Testamentes nach Civilrecht, in welchem Falle

---

[13]) 1 3 § 3 D 37. 5: sed etsi coniunctim ei fuerit legatum relictum cum eo, cui non praestatur, sua tantum portio ei conservabitur. Vergl. Schmidt S. 133. Anm. 217.

[14]) 1 3 § 2 eod.: . . . ceterum si servo eorum fuerit adscriptum . . . non debetur: nec enim quaerimus, cui adquiratur, sed cui honor habitus sit. Vergl. dazu Schmidt S. 40, Anm. 114 S. 133, Anm. 217. Schröder S. 170, Anm. 11, Bluntschli S. 93.

[15]) 1 3 § 5 eod.: sed si proponas extero legatum rogatumque eum praestare hoc alicui ex liberis parentibusque, consequenter dicemus praestari debere. Vergl. § 6 eod. u. Franke S. 146.

[1]) Verg. z. flg.: Schmidt S. 128, Dernburg S. 284, Vangerow S. 242, Schröder S. 172, Franke S. 150, Bluntschli S. 111.

er seine Intestatportion erhielt und die Legate mit dem Testament fielen. Oder aber er erbat vom Prätor die bon. possessio contra tab. Entschied er sich für das Letztere, so sollte er gleichwohl von der Vermächtnissleistung frei bleiben, er sollte m. a. W. durch Erbittung der bon. poss. contra tab. nicht schlechter gestellt sein, als er es nach Civilrecht war.[2]) So führt also auch nach prätorischem Recht Verletzung des Notherbenrechtes eines suus filius stets den Untergang zunächst[3]) der auf seiner Portion lastenden Vermächtnisse herbei.

b) Da aber eine solche Bestimmung lediglich im Interesse des filius suus gegeben war, so trat eine Milderung zu Gunsten der Aufrechterhaltung der Legate ein, wenn der präterirte suus filius von dem beneficium abstinendi Gebrauch machte.[4])

c) Jedoch giebt es Fälle, wo selbst der suus filius nach Erbittung der bonorum poss. contra tab. gleich einem anderen Kontratabulanten die Legate an die personae exceptae zu entrichten hat: Dann nämlich, wenn auch für ihn die bon. poss. c. tab. eine „necessaria" ist. Die Quellen bieten folgenden Fall.[5])[6])

[2]) l 15 p. D 37. 5: is qui in potestate est praeteritus legata non debebit praestare, etsi contra tabulas honorum possessionem petierit, quia et non petita bonorum possessione intestati hereditatem optineret: nec enim exceptio doli moli huic nocet et absurdum est eum cogi legata praestare, quia bonorum possessionem petierit, cum et sine hac hereditatem habiturus sit suo iure. Vergl. Schröder S. 180.

[3]) Vergl. dazu unten § 5 I.

[4]) l 17 D. 28. 3: quodsi bonis patris se abstinuit licet subtilitas iuris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur. Vergl. Franke S. 150.

[5]) l 12 § 1 D. 37. 4 Gaius: si prius testamentum exstet iure factum (nach Civilrecht giltig), quo filius exheredatus est, sequens imperfectum (nach Civilrecht), in quo praeteritus sit filius, posteriore testamento praeteritus recte petet honorum possessionem, si remoto quoque filio (ohne seine Dazwischenkunft) potiores sunt in ea hereditate posteriore testamento scripti heredes (die Erbschaft würden erlangen können): et ita ius habet, ut, cum is, contra quem filius petit bon. poss. amoto filio possit obtinere hereditatem, filius quoque recte videatur petere bonorum possessionem, sivero ille non possit obtinere hereditatem, filius quoque excludatur.

[6]) Vergl. zur Stelle. Dernburg S. 283, Anm. 4, Schmidt S. 99/100, Bluntschli S. 110, Vangerow S. 238, 239, Mühlenbruch bei Glück Band 36 S. 455 flg. Glück: Band 7 S. 289, Anm. 6, Schröder S. 133, 147, 172, Anm. 23.

Es sind zwei Testamente vorhanden. Das erste nach Civilrecht gültige enthält eine gültige Exheredation eines filius suus. In einem zweiten Testament ist der filius suus präterirt, dagegen andere Intestatberechtigte eingesetzt, daher das Testament nur nach prätorischem Recht gültig ist. Wollte hier der filius suus sein civiles formelles Notherbenrecht auf Grund der Präterition im zweiten Testament geltend machen, d. h. also das zweite Testament anfechten, so würde er garnichts erhalten, da:

1. das erste Testament nach Civilrecht gültig war und auch durch das zweite nach Civilrecht ungültige Testament nicht aufgehoben wurde, so dass also die Exheredation civiliter noch zu Recht besteht;
2. sodann aber auch durch die Umstossung des zweiten prätorisch gültigen Testamentes das erste Testament auch nach prätorischem Recht wieder aufleben würde, der suus also sowohl vom Civil- wie vom prätorischen Recht ausgeschlossen wird.

Andererseits gehört der suus zu der prätorischen Notherbenklasse der liberi. Das zweite Testament ist nach prätorischem Recht gültig, also hebt es nach prätorischem Recht auch das erste Testament auf, der filius suus kann gegen das zweite Testament die bonor. possessio erbitten. Ist somit seine Rechtslage nach prätorischem Recht eine günstigere als nach Civilrecht, so ist es angemessen, dass der suus in jeder Beziehung dem normalen prätorischen Recht d. h. auch dessen Einschränkungen unterliegt und gleich anderen Kontratabulanten wenigstens den exceptis die Legate leistet. Denn wenn das Edikt den filius suus gewöhnlich von der Legatsleistung befreite, so geschah dies unter der Voraussetzung, dass der suus: „et sine hac (scil bon. possessione) hereditatem habiturus sit suo iure[7]) (scil civili).

II. Die Präterition der ceteri heredes (filia sua u. nepos) hatte nach dem Edikt ursprünglich die gleiche Wirkung wie

[7]) l 15 p. D 37. 5. a. E. Vrgl. oben Anm. 2.

die Präterition eines filius suus.[8]) Ein Rescript von Marc Aurel (Antoninus) führte jedoch für die weiblichen heredes wiederum Akkrescenzrecht ein, verschlechterte somit ihre Stellung gegenüber den masculi, indem die präterirten weiblichen heredes nun die Legate zu leisten hatten.[9])

Justinian änderte das dahin ab, [indem er für alle liberi gleiches Recht schuf], dass Präterition eines filius suus, einer sua oder eines nepos in jedem Falle Nichtigkeit des Testamentes und damit der Legate nach sich ziehen sollte.[10])

§ 5.

b. **Bei Präterition eines emancipatus neben einem suus und umgekehrt.**[1])

Ein Notherbenrecht des emancipatus schuf erst das prätorische Edikt. Fragen wir uns daher, welches die Folgen der Präterition eines emancipatus hinsichtlich der Vermächtnisse waren. Wir können folgende Fälle unterscheiden:

I.[2]) Ein emancipatus und ein suus sind präterirt. Beide suchen die bon. poss. c. tab. nach. Zunächst erhellt aus dem oben § 4 Gesagten, dass der suus die Legate nicht zu erfüllen braucht. Aber auch der emancipatus wird von jeglicher Leistungspflicht befreit, da die Legate auch nach prätorischem Recht lediglich wegen Präterition des suus hinwegfallen müssen, so dass der Umstand, dass neben dem suus noch ein emancipatus steht, nicht in Betracht kommt.[3])

[8]) Gai II § 126: et hoc iure utebamur, quasi nihil inter feminas et masculos interesset. Schmidt S. 128.

[9]) Gai II § 126. Dazu c. 4 C. 6. 28 et omnibus legata praestare compellabatur.

[10]) c. 4. C. 6. 28: § 6 bezügl. der feminae; § 7 bezüg. der nepotes.

[1]) Vergl. z. flg.: Franke S. 151, Schmidt S. 129, Schröder S. 179—182, Vangerow S. 243, Baron S. 678/679, Heimbach bei Weiske II S. 323.

[2]) Vergl. z. flg.: Franke S. 151, Schmidt S. 129,130 , Baron S. 678 Vangerow S. 243, Schröder S. 180.

[3]) l 15 p. D. 37. 5 (satz 2): unde si duo praeteriti sunt, emancipatus et is qui in potestate est, quidam nec emancipatum praestare debere legata existimant, quia effectu fratris aufert partem dimidiam, cum et si hic non peteret, suus solus rem habiturus esset. Quid ergo est? ubi praeteritus sit suus, verius est quod dictum est.

II.[4]) Ein emancipatus ist eingesetzt, ein suus ist präterirt. Beide suchen die bonorum possessio nach. Die Entscheidung müsste folgerichtig wie zu I. ausfallen und zwar aus eben demselben Grunde: wegen der Prätiration des suus.[5]) Indessen Ulpian in l 16 D eod. entscheidet anders[6]) Den präterirten suus spricht zwar auch er von der Vermächtnissleistung frei. Bezüglich des emancipatus aber ist der Jurist im Zweifel, ob dieser alle Legate oder wenigstens die an die exceptae personae zu leisten hätte. Und Ulpian läst den emancipatus:

a) im Falle er die bon. possessio (commisso per alium edicto) erbittet, wenigstens den exceptis verhaftet sein, jedenfalls aber nur nach Verhältniss seines Erbtheiles;[7])

b) im Falle er aus dem Testament antritt, soll er auch den extraneis verpflichtet sein, natürlich nur pro parte sua.[8])

III.[9]) Ein emancipatus ist präterirt, ein suus (oder emancipatus) eingesetzt.

a) Greifen beide zur bon. poss. c. tab., dann sollen die Vermächtnisse den exceptis erhalten bleiben. Da nämlich der formellen Vorschrift des Civilrechts hinsichtlich des suus genügt ist, bleibt das Testament civiliter gültig. Es haftet daher der

[4]) Vergl. Schmidt S. 129, 130,. Schröder S. 180.

[5]) So. Franke S. 151.

[6]) l 16 D 37. 5: si duo proponantur esse unus in potestate praeteritus, alius emancipatus institutus, apperet commissum esse edictum per eum, qui in potestate est: et si ambo petissent contra tabulas bon possessionem, is quidem, qui in potestate mansit, cum rem ab intestato habeat, non praestabit liberis et perentibus legata. Emancipatus vero numquid nec ipse praestat, quia ei rem auferret, qui praestaturus non erat, si solus esset? sed verius est, vel hunc saltem debere liberis et parentibus legata praestare. Vergl. Schmidt Anm. 200.

[7]) Vangerow S. 243.

[8]) l 16 D eod: proinde si contra tabulas non accepit, dicendum est tuendum eum in partem, et utique liberis et parentibus legata praestaturum, sed an et omnibus, dubito: tamen quia plena fruatur voluntate, plenum et obsequium praestare testatoris iudicio pro sua parte debet. Vergl. Schröder S. 181, Anm. 18.

[9]) Vergl. Vangerow 243/244. Schröder 180/181.

suus den exceptis. Ebenso hat nach den allgemeinen Grundsätzen der bon. poss. c. tab. der emancipatus (gleichviel ob er präterirt oder eingesetzt ist), die Legate den exceptis zu leisten.[10])

b) Der Präterirte lässt es bei der Präterition bewenden [als emancipatus; als suus abstinirt er], der Eingesetzte agnosciert die bon. possessio. Es bleiben alle Legate (auch die Legate zu Gunsten der extranei), wie wenn die bon. poss. garnicht nachgesucht worden wäre.[11])

c) Der Präterirte greift zur bon. poss., der eingsetzte Erbe tritt ex testamento an. Die Quellen geben abweichende Entscheidungen:

Paulus l 15 § 1 (satz 2) D 37. 5: sed si scriptus quidem adierit hereditatem, praeteritus autem bon. poss. acceperit: hic quidem, qui bon. poss. acceperit, certis personis legata debebit, de scripto autem quaeritur. et complures putant certis personis et eum praestare debere, quod puto verius esse: nam et praetor hac ratione eum tuetur, quod ex liberis est qui contra tabulas petere potuerunt.

Es sollen also beide nur den exceptis verhaftet sein und zwar soll der Eingesetzte auch der prätorischen Vergünstigung theilhaftig werden mit Rücksicht darauf, dass er die bon. poss. hätte agnoscieren können.

Dagegen lesen wir bei Atricanus l 14 D 37. 4: si duobus filiis emancipatis alter heres institutus sit, alter praeteritus, si

[10]) l 15 § 1 D. eod: sed si unus emancipatus heres scriptus sit, alter praeteritus et utrique contra tabulas bon. possessionem acceperint, et institutus eadem praestat quae praeteritus.

[11]) l 15 § 1 D. 37. 5. sed si solus heres institutus contra tab. bonor. possessionem acceperit, omnibus debebit legata praestare, proinde atque si adisset hereditatem.

Bezügl. des abstinirenden suus vrgl. l 17 D 28. 3. ferner l 14 p. D 37. 5 . . . . heres institutus est emancipatus filius, alius emancipatus praeteritus, institutus accepit contra tabulas bon. possessionem, praeteritus omisit: apertissimum est, ut cogatur omnibus perinde legata praestare, atque si commissum edictum non fuisset: nec enini occasio emancipati praeteriti debet institutum lucro adficere cum praeteritus iure suo non utatur.

institutus adierit, quamvis verbis edictis parum expressum sit, tamen non posse eum petere bon. possessionem respondit, quia iudicium patris secutus sit . . . illud observandum, ut praetor eum, qui heres institutus adierit, in eam partem qua scriptus sit tueri debeat . . . et quod (scil emancipatus) extraneis quoque legata praestare cogatur.

Es soll also der Eingesetzte für alle Legate haften. Diese Entscheidung dürfte die konsequentere sein[12]), da wir in dem Erbschaftsantritt eine Billigung des letzten Willens seitens des Testamentserben erblicken müssen und deshalb mit Ulpian[13]) sagen können: quia plena fruatur voluntate, plenum et obsequium praestare testatoris iudicio pro sua parte debet.

§ 6.

b) Bei Erbeseinsetzungen in mehreren Graden.[1])

Wir gehen nunmehr zu den Fällen über, wo eine Mehrheit von Graden der Erbeseinsetzung unter Verletzung des Notherbenrechts vorliegt, zugleich in den einzelnen Graden Vermächtnisse zu Gunsten jeweils anderer Personen angeordnet sind.

Prinzipiell sind beim Vorhandensein von Substitutionen die Vermächtnisse desjenigen Grades zu leisten, der zur Erbfolge kommt d. h. mit Rücksicht auf den Gegenstand unserer Behandlung: die Legate des Grades, gegen den die bon. possessio erbeten wurde.[2]) Jedoch sind hier eine Reihe von Ausnahmen zu verzeichnen: Je nachdem die Erben des ersten oder zweiten Grades am Leben sind, gestaltet sich die Sachlage verschieden, und zwar wie folgt:

I. Beim Tode des Erblassers leben die Erben des ersten Grades.

[12]) Vrgl. Schröder S. 182.

[13]) l 16 D 37. 5. a. E.

[1]) Vrgl. z. folg.: Schmidt S. 135, 136, Anm. 230, 231, Vangerow S. 242 d. Schröder S. 176 flg.

[2]) So l 10 § 2 D 37. 5: non omnia, quae ab omnibus gradibus relicta sund, legata praestare eum oportet, qui contra tabulas petit, sed ea sola, quae in eo gradu data sunt contra quem bonorum possessionem accepit. Vrgl. Schröder S. 76.

a) Sie treten die Erbschaft an; der Präterirte greift zur bon. possessio. Er hat die Legate des ersten Grades zu leisten.[3])

l 10 § 2 D 37 5: si quidem aliquis ex primo gradu vivit, ea legata (scil is, qui bon poss. accepit) praestabit, quae liberis et parentibus a primo gradu data sunt.

b) Die Erben schlagen die Erbschaft aus. Es sind gleichfalls die Legate des ersten Grades zu leisten.[4])

l 12 D. eod: sive antem omiserint instituti sive non omiserint, dicendum est legata, quae ab ipsis relicta sunt, praestanda.

ad a und b fallen daher die den Substituten auferlegten Vermächtnisse.

c) Es sterben die Erben vor Antritt der Erbschaft. Hier ist zwar die bon. poss. gegen den ersten Grad gerichtet, indessen sind doch die Vermächtnisse des zweiten Grades zu erfüllen.

l 10 § 2 D. eod: a. E.: quod si post mortem testatoris ante aditam hereditatem instituti decesserint contra ipsos quidem videri petitam, verum tamen ab eis relicta legata non esse praestanda, sed quae a substitutis relicta sunt.

d) Die Erben kommen wegen Ausfalls einer kasuellen Bedingung nicht zur Erbschaft. Hier sind die Legate des zweiten Grades zu leisten, obwohl die Notherbfolge sich gegen den ersten Grad richtet.[5])

l 13 D. eod: item a substituto legata deberi dicimus, si institutus condicione defectus esset, quae in ipsius potestate non fuit.

ad c und d fallen daher die Legate des ersten Grades.

II. Die Erben ersten Grades sind vor dem Erblasser gestorben.

[3]) Etwaige Beschränkungen dieser Pflicht ergeben sich aus dem oben § 4 u. 5 Gesagten.

[4]) Vergl.: Schröder S. 177.

[5]) Dagegen sind bei Ausfall einer Potestativbedingung die Legate I. Grades zu leisten.

Grund: nam si eam (scil condicionem), quae in ipsius potestate fuit, non implevit, pro eo habendus est, qui noluit adire hereditatem l 13. D. eod Es greifen daher die Regeln zu I b Platz.

a) Die Erben zweiten Grades treten an: Der Kontratabulant hat nur die Vermächtnisse des zweiten Grades zu entrichten.

l 10 § 2 D. eod: sin vero nemo vivit eorum (scil: qui sunt ex primo gradu) ea (scil: ea lagata praestabit) quae a sequenti.

b) Die Erben zweiten Grades schlagen aus: Es sind die Vermächtnisse des zweiten Grades zu leisten.

l 12 D. eod: vrgl. oben I b.

III. Es leben weder die Erben des ersten noch des zweiten Grades: Dann tritt Intestatfolge ein, und es sind überhaupt keine Legate zu leisten.[6])

l 10 § 2 D. eod: quod si neque ex primo gradu neque ex secundo quisquam in rebus fuerit humanis, cum testator moritur, tunc ab intestato magis bon. possessionem praeterito filio competere nec legata cuiquam praestanda.

IV. Es leben die Erben des ersten und zweiten Grades. Beide treten jedoch die Erbschaft nicht an: Hier werden die Legate des ersten Grades geleistet.

l 11 D. eod: at ubi institutus et substitutus vivant, licet nemo adeat hereditatem, ea tamen legata deberi dicimus, quae ab instituto data sunt.

Bei Betrachtung dieses nach den einzelnen Richtungen hin so verschiedenen Ergebnisses drängt sich sofort die Frage auf, ob nicht vielleicht ein einheitliches Prinzip diesen Entscheidungen zu Grunde liegt. Und in der That: sofern wir nur an der zuerst von Leist aufgestellten, von Vangerow und Schmidt[7]) besonders betonten und auch von Schroeder[8]) anerkannten Unterscheidung zwischen dem „Nichterwerben-wollen“ und dem „Nichterwerben-können“ seitens der Testamentserben festhalten, werden wir ein solches Prinzip aufstellen können: Das Nichterwerben-„können“ der Testamentserben eines Grades bringt Verlust der in diesem Grade auferlegten Vermächtnisse nach sich. Dagegen soll das Nichterwerben-„wollen“ den

[6]) Hier ist also der Ausfall der Vermächtnisse nicht Folge der Verletzung des Pflichttheilsrechts, sondern vielmehr des destituten Testamentes.

[7]) Schmidt S. 136.

[8]) Vrgl. Schroeder S. 176 A. 3 und die dazu gehörigen Citate.

Vermächtnissnehmern dieses Grades nichts schaden. Aus diesem Grundsatz ergeben sich die oben getroffenen Entscheidungen wie folgt:

ad Ia liegt Erwerbswille der Erben I. Grades vor, daher leisten sie die Legate dieses Grades.

ad Ib: Das Nichterwerbenwollen der Erben I. Grades soll den Vermächtnissnehmern I. Grades nicht Abbruch thun.

ad Ic: Die Erben I. Grades können nicht erwerben. Daher fallen auch die Vermächtnisse dieses Grades aus, es succedieren die Vermächtnisse II. Grades.[9])

ad Id: Ausfall einer kasuellen Bedingung steht dem Nichterwerbenkönnen gleich. Daher fallen die Vermächtnisse des I. Grades.

ad Id: Anm. 4): Ausfall einer Potestativbedingung steht dem Nichterwerbenwollen gleich. Daher bleiben die Vermächtnisse des I. Grades.

ad IIa: Es liegt Nichterwerbenkönnen bei den Erben I. Grades vor, daher fallen die Vermächtnisse dieses Grades.

ad IIb: Es liegt Nichterwerbenkönnen im I. Grade vor, also Wegfall der Vermächtnisse dieses Grades. Das Nichterwerbenwollen der Erben II. Grades aber berührt die Vermächtnissnehmer nicht, daher bleiben die Vermächtnisse des II. Grades.

ad III. liegt Nichterwerbenkönnen in beiden Graden vor.

ad IV. liegt Nichterwerbenwollen im I. u. II. Grade vor. Daher bestehen an sich auch die Legate des I. u. II. Grades. Da aber die Legate des I. Grades vorgehen, so sind diese zu leisten.

§ 7.

4. Mass der Erhaltung der Vermächtnisse.[1])

Nachdem gezeigt wurde, inwieweit eine Verletzung des Notherbenrechtes den Umfang der Vermächtnisse berührte, bleibt nur noch übrig darzulegen, in welcher Höhe die durch das Edikt bevorzugten Vermächtnisse in Geltung blieben. Hier wies jedoch das Edikt eine Lücke auf, die erst durch die Praxis und Rescripte ausgefüllt wurde.

---

[9]) Diese Entscheidung erscheint nicht so unverständlich, wie Schmidt S. 136 Anm. 231 annimmt. Dagegen bleibt uns Schmidt l. c. die Antwort darauf schuldig, wie er den verzögerten und schliesslich durch Tod unmöglich gewordenen Erbschaftsantritt einer Ausschlagung gleichsetzen will.

[1]) Vrgl. z. folg.: Franke S. 147—150. Schroeder S. 170 u. 191—196. Schmidt S. 141 flg. Vangerow S. 242 c.

Wie sich aus den Erörterungen der vorhergehenden §§ ergiebt, fällt einmal derjenige Theil des Legats aus, der auf der Portion eines von der Vermächtnissleistung befreiten suus ruht.[2])

Sodann unterlagen ganz allgemein auch jene bevorzugten Vermächtnisse gleich allen übrigen dem gewöhnlichen Abzug der falcidischen Quart, so dass also auch hier den Notherben $^1/_4$ ihrer Portion unbeschwert verbleiben musste.[3]) Nichtsdestoweniger bot diese Massnahme keinen ausreichenden Schutz und führte wohl häufig dazu, dass dem Kontratabulanten nur $^1/_4$ verblieb, während er den Rest an die bevorrechtigten Vermächtnissnehmer herausgeben musste, die vielleicht garnicht notherbenberechtigt waren.[4]) So wurde denn durch Dekrete allmählich das festgestellt, was schon Julian[5]) vorgeschlagen hatte: decreto itaque ista temperari debebunt, ut . . . . legatorum modus temperaretur, ut nihil plus ex legatis ad aliquem perveniat, quam apud emancipatum bon. possessionis nomine remansurum est. Ein von Ulpian 1 5 § 6 D. 37. 5 citiertes Rescript des Kaisers Pius (Antoninus Pius) bestätigte diesen Vorschlag.[6]) Nunmehr war ein billiger Ausgleich zwischen Vermächtnissnehmern und Notherben geschaffen. Aber eben mit Rücksicht auf den Charakter dieser Massregel erfuhr der Satz eine Einschränkung in dem Falle, da einer excepta persona weniger als eine portio virilis legiert war. Alsdann verblieb

---

[2]) 1 20 § 2 D. 37. 4: legata tamen ex parte sua iste emancipatus liberis et parentibus praestare cogetur non solida, sed deminuta in dimidium, quod relinquitur manenti in potestate. Vrgl. Schmidt S. 130. Anm. 204.

[3]) 1 5 § 5 D. 37. 5: si legata fuerint liberis et extraneis, licet utrorumque praestatio Falcidiae locum habet.

[4]) Vrgl. den von Julian 1 6 D. 37. 5 referierten Fall: nam si dodrans ($^3/_4$) legatus fuerit, plus habiturus est cui legatum erit quam emancipatus. Vrgl. auch noch Schmidt S. 182.

[5]) 1 6 D. 37. 5.

[6]) Nachdem § 7 cit. davon die Rede war, dass die aufrecht erhaltenen Erbeseinsetzungen „usque ad virilem tueantur", heisst es weiter: idem observatur et circa legata fideive commissa, quae his data fuerint. Ueber die Berechnung der Virilportion: 1 8 D. 37. 5.

es bei der zugewandten Summe.[7]) Waren mehrere bevorrechtigte Vermächtnissnehmer vorhanden, so sollten sie zusammen gleichfalls nur eine Virilportion erhalten.[8])

II. Eine besondere Berechnung fand beim relegatum dotis statt.[9])[10]) Dieses Legat wurde nämlich nur unter der Voraussetzung geschützt, dass:

1. die dos wirklich eingebracht war;[11])
2. dass die Ehe bis zum Tode des Erblassers bestand[12]) resp. genauer, dass die dos zur Zeit des dies cedens gefordert werden konnte.[13])

Die Besonderheit dieses Legats bestand nun darin, dass es nicht der Herabsetzung auf eine portio virilis unterlag.[14]) In gleicher Weise wird geschützt, was an Stelle der dos unter ausdrücklicher Hervorhebung dieses Umstandes vermacht wurde.[15]) Was dagegen über den wirklichen Werth der

---

[7]) In l. 5 § 7 D. eod. heisst es bezüglich der Erbeseinsetzungen: ad eum autem modum talibus personis succurrendum est, ut ampliore quidem quam virili portione hereditatis data usque ad virilem tueantur, in minorem autem eatenus actiones his tribuantur, quatenus scriptae sint. Und dann wird gesagt: idem observatur et circa legata. Vrgl. auch Schmidt S. 143.

[8]) l. 8 p. D. eod: sed si unus sit ex liberis, qui accepit contra tabulas bonorum possessionem, plures sint, qui ex liberis parentibusque legata acceperunt, sic hoc accipiendum est, ut filius praeteritus semissem habeat, ceteri omnes, qui sunt ex liberis parentibusve, semissem. Vrgl. Schmidt S. 144.

[9]) Vrgl. dazu Schmidt S. 133, 134. Franke S. 148, 149. Vangerow S. 241.

[10]) In Hinblick auf den besonderen Charakter dieses Legats als aes alienum der Frau. l 8 § 5. D. 37. 5.

[11]) l. 15 § 3 D. eod: ei, quae dotem non habet, nullum legatum debebitur, licet sub praetextu dotis legetur.

[12]) l 10 § 1 D. eod: esse autem uxorem mortis tempore exigemus.

[13]) Vrgl. Schroeder S. 170. Anm. 17.

[14]) l 8 § 5 D. eod: cum autem dotis nomine legatur, non puto ad virilem uxorem nurumve redigendam.

[15]) l 8 § 6 D. eod: non solum autem dotem praelegatam praetor complectitur, verum etiam si pro dote aliquid fuerit relictum, ut puta si dos in rebus sit et pro rebus ei quantitas relinquatur vel contra: dum tamen hoc nominetur, quod pro dote relinquitur.

eingebrachten dos vermacht ist (scil: unter der Bezeichnung des Ganzen als dos), das wird nicht geleistet.[16])

§ 8.

5. Vergrösserung der Vermächtnisse infolge eingetretener bon. poss. c. tab.[1])

Wir sahen, dass infolge der bon. possessio eine Reihe von Vermächtnissen ausfielen. Fragen wir uns daher, wem das also Ersparte zu Gute kommt?

Gesetzt den Fall, die aus einem Testament angetretene Erbschaft ist übermässig mit Legaten belastet, die daher dem Abzug der Quart unterliegen. Nun sucht ein prätorischer Notherbe nachträglich die bon. poss. c. tab. nach, und es fallen die Legate der extraneae personae aus. Den auf diese Weise frei werdenden Betrag darf nun der Erbe nicht behalten, vielmehr hat er diese Summe zunächst zur Aufbesserung der Legate an die exceptae personae bis zur ursprünglichen Höhe zu verwenden und nur ein etwa sich ergebender Rest fällt an ihn.[2])

§ 9.

6. Vermächtniss an einen Notherben.[1])

Bisher war von solchen Vermächtnissnehmern die Rede, die zwar zu den personae exceptae zählten, im übrigen aber nicht gerade notherbenberechtigt waren. Im folgenden soll daher kurz gezeigt werden, wie es sich mit einem notherben-

---

[16]) 1 8 § 3 D. eod: sed quid uxori nuruique fuerit legatum praeter dotem, accepta contra tabulas bon. possessione non praestabitur.

Diesem steht auch nicht die 1 9 D. eod. entgegen: sed etsi plus sit in legato quam in dote, dabitur illis actio. So Schmidt S. 134 Anm. 224 gegen die Auslegung Franke's S. 149. Höchst wahrscheinlich handelt es sich um eine verstümmelte Stelle. Mommsen schlägt die Ergänzung vor: — usque ad id, quod est in dote.

[1]) Vrgl. z. flg.: Schmidt S. 142 Anm. 251. Schroeder S. 189.

[2]) 1 5 § 5 D. 37. 5: si legata fuerint relicta liberis et extraneis, licet utrorumque praestatio Falcidiae locum faceret legataque liberorum recciderent, tamen nunc ob hoc, quod extraneis non praestantur legata, liberorum augentur.

[1]) Vrgl. z. folg.: Schmidt S. 94, 95. Anm. 91—93 u. S. 133.

berechtigten Vermächtnissnehmer verhält. Es kam gewiss nicht selten vor, dass der Testator einen Notherben präterirte, ihm dafür aber ein Legat aussetzte. Einem solchen Notherben stand es natürlich auch in diesem Falle frei, die bonorum possessio wegen Verletzung der Formvorschrift zu erbitten. Jedoch führte die Jurisprudenz folgende Beschränkung ein: Entweder griff der Notherbe zur bon. possessio: dann ging er seines Legats verlustig; oder aber er nahm das Legat an, in welchem Falle ihm der Weg zur bon. possessio verschlossen blieb, da in der Annahme des Legats eine Billigung des letzten Willens und also ein stillschweigender Verzicht auf die bon. possessio erblickt wurde.[2][3])

B. Ausdehnung des Edikts auf Erbtheile und Behandlung der auf denselben lastenden Vermächtnisse.[1])

§ 10.

Das edictum de legatis praestandis, das ursprünglich nur die Legate an die personae exceptae schützte, wurde in der Folgezeit[2]) auf die im Testament zu Gunsten dieser Personen

---

[2]) 1 5 § 2 D. 37. 5: omnibus autem liberis praestari legata praetor voluit exceptis his liberis, quibus bon. poss. praetor dedit ex causis supra scriptis: nam si dedit bon. poss., non putat legatorum eos persecutionem habere. constituere igitur apud se debet, utrum contra tabulas bon. poss. petat an vero legatum persequatur: si elegerit contra tab., non habebit legatum: si legatum elegerit, eo iure utimur, ne petat bon. possessionem contra tabulas.

Als einen solchen Verzicht betrachtete man auch den seinem Sklaven gegebenen Befehl, ein Legat zu erwerben. 1 3 § 15 D. 37. 4 Schroeder S. 95. Anm. 93.

[3]) Eine Ausnahme sollte nur in dem Falle gelten, da eine zur bon. poss nicht berechtigte excepta die bon. poss. erhalten hatte. Hier durfte, wenn sich der Irrthum später herausstellte, die excepta doch noch ihr Legat fordern. Vrgl. 1 5 § 3 D. 37. 5: si quis contra tabulas bonor. poss. acceperit, deinde postea apparuerit eum ex his liberis non fuisse, qui eam bon. poss. accipere possunt, ex his tamen esse, quibus legata praestantur: optinuit non esse ei denegandam petitionem legatorum.

[1]) Vrgl. z. folg.: Schmidt S. 136—140. Schroeder S. 182 flg.

[2]) Seit Julian resp. Antoninus Pius. 1 5 § 6. D. 37. 5.

angeordneten Erbeseinsetzungen ausgedehnt, jedoch gleichfalls unter Beschränkung aller konservierten Erbtheile auf eine Virilportion.[3])

I. Sofern nun auf einem derartigen Erbtheil Legate ruhten, waren die bezeichneten excepti heredes wiederum nur zur Leistung der Vermächtnisse an personae exceptae verpflichtet.[4]) Die den extraneis ausgesetzten Legate fielen aus.

II. War jedoch der Erbtheil einer excepta mit Vermächtnissen überlastet, so dass die Legate den Abzug der Quart erlitten, und fiel nachträglich infolge Eintritts der bon. poss. die Legatsleistung an die extranei fort, so wurde der also verfügbar gewordene Theil zunächst zur Aufbesserung der Legate an die exceptae verwandt (vergl. oben § 8), der Rest dagegen unter die Kontratabulanten und die durch das Edikt geschützten excepti heredes vertheilt.[5])

Anhang:

Einfluss der bon. poss. c. tab. auf die in Verbindung mit einer Pupillarsubstitution angeordneten Vermächtnisse.[1])

§ 11.

Zum Schluss sei noch kurz der Einfluss der bon. poss. contra tab. auf Vermächtnissleistungen bei Pupillarsubstitutionen berührt.

---

[3]) l 7 D. 37. 5: placuit parentes et liberos heredes quoque institutos tueri usque ad partem virilem exemplo legatorum.

[4]) l 5 § 8 D. 37. 5: is autem, cui portio hereditatis conservatur, utrum omnibus an tantum exceptis legata cogatur praestare? Et magis probatur exceptis personis solis praestanda. Vrgl. Schmidt S. 142.

[5]) l 5 § 8 eod: nec tamen solius commodo id cedit. nam si legatis onerata sit portio tam liberorum parentiumve quam extraneorum, id, quod extraneis non praestatur, liberis parentibusve profuturum non dubitamus. igitur ita demum, quod extraneis non praestatur communicatur cum eo, qui contra tabulas petit, si non legatariis liberis parentibusque dandum sit.

[1]) Vrgl. z. folg.: Franke S. 156 flg. Schmidt S. 148—150. Schroeder S. 202. Baron S. 678/679.

Vorausgesetzt wird hier selbstverständlich eine Einsetzung des Pupillen in den primae tabulae, denn einem enterbten Pupillen oder dessen Substituten könnte der Vater ebensowenig ein Vermächtniss auferlegen wie einer anderen enterbten Person;[2]) ingleichen kann ein präterirter Pupill keinen Substituten haben, wie sich aus der Natur der Sache ergiebt.

Unter dieser Voraussetzung aber bleibt das dem Pupillarsubstituten auferlegte Vermächtniss in Kraft trotz erlangter bon. poss. c. tab. seitens eines präterirten Notherben.[3])

I. In Betreff der zu Lasten des Pupillen angeordneten Vermächtnisse gilt folgendes:[4])

Gelangt der Pupill commisso per alium edicto zur bonor. possessio, so leistet er die Legate nur den exceptis,[5]) und zwar in Höhe seines Antheils. Auf ein Plus kann auch sein Substitut nicht in Anspruch genommen werden: denn die Haftung des Substituten als Erben des Pupillen kann nicht weiter gehen als die des Pupillen selbst.[6])

Erhöht oder verringert sich infolge der bon. poss. c. tab. (durch Wegfall der Legate an die extranei bezw. durch Eintritt des Präterirten) der Erbtheil des Pupillen, so erhöht bezw. verringert sich in gleichem Verhältniss der Umfang der Vermächtnisse.[7])

---

[2]) 1 126 D. 30: ab exheredati substituto inutiliter legatum datur.

[3]) 1 34 § 2 D. 28. 6: etiamsi contra tabulas patris bonorum possessio petita sit, substitutio tamen pupillaris valet et legata omnibus praestanda sunt quae substitutione data sunt.

[4]) Vrgl. Schroeder S. 202. Anm. 18.

[5]) 1 5 p. D. 37 5: et si quidem ab impubere relicta sunt, solis liberis parentibusque praestanda sunt. Vrgl. Franke S. 159.

[6]) 1 11 § 5 D. 35 2: quamvis enim substitutus, quae a pupillo relicta sunt, cum filius heres exstitit, ut aes alienum quodlibet debeat. . . . .

[7]) 1 103 § 2 D. 32: si filius ex uncia ($^1/_{12}$) heres institutus sit et ab eo legata data sint, habeat et substitutum, deinde commisso edicto per alium filium accepit partis dimidiae bonorum possessionem: substitutus eius utrum ex uncia legata praestat an vero ex semisse ($^1/_2$)? et verius est ex semisse [sed ex uncia omnibus ex], reliquis liberis et parentibus. Wegen der eingeklammerten Worte: Schroeder S. 203.

II. Die dem Substituten auferlegten Vermächtnisse unterliegen gleich allen übrigen dem Quartabzug. Jedoch wird hier bei Berechnung der Quart das in Ansatz gebracht, was der Pupill vom Vater geerbt hat, also nicht auch das übrige Vermögen des Pupillen, das ja gleichfalls auf den Substituten als Erben des Pupillen übergeht.[8]) Im übrigen ist die bon. possessis c. tab. ohne Einfluss auf die dem Substituten auferlegten Vermächtnisse.[9])

2. Abschnitt:

Nach materiellem Notherbenrecht (Pflichttheilsrecht).

Die querela inofficiosi testamenti und die Vermächtnisse.

§ 12.

I. Grenze der Vermächtnissleistung bei der Querel.[1])

Hatte der Testator dem officium pietatis gegenüber seinen nächsten Verwandten[2]) nicht genügt, so gewährte die Praxis des Centumviralgerichts dem Verletzten das Rechtsmittel der querela inofficiosi testamenti, das ihn in den Stand setzte, das Testament umzustossen. Eine derartige Rescission betraf das ganze Testament, so oft das Recht eines einzigen Pflichttheilserben auf Zuwendung einer bestimmten Quote[3]) dessen, was er ab intestato haben würde, verletzt war. In solchem Falle wurde sub colore insaniae testatoris das Testament nebst sämtlichen Nebenverfügungen insbesondere also auch den

[8]) l. 126 p. D. 30: sed si committente aliquo ex liberis edictum praetoris, quo contra tabulas bon. possessionem pollicetur, scriptus quoque filius contra tab. bon. possessionem petierit, substitutus eius legata pro modo patrimonii, quod ad filium pervenit, praestabit . . . .

[9]) l. 5 p. D. 37 5: sin vero a substituto impuberis (scil: relicta sunt legata) omnibus eum praestare oportet habita ratione legis Falcidiae. cfr: l. 34 § 2 D. 28 6. Vrgl. Schroeder S. 203 Anm. 23, 24.

[1]) Vrgl. z. folg.: Schroeder S. 368, 438. Franke S. 298 flg. Dernburg Pandekten S. 291. Windscheid S. 368. Bluntschli S. 191. Koeppen S. 601.

[2]) Ascendenten, Descendenten, Geschwister l 1. D. 5. 2.

[3]) Ursprünglich $^1/_4$ nach Analogie der lex Falcidia.

Vermächtnissen umgestossen.[4]) Hier äusserte die Querel den Vermächtnissnehmern gegenüber eine ungleich härtere Wirkung als die bon. poss. c. tab., die wenigstens einzelne Legate bestehen liess.

Waren dagegen neben dem verletzten Pflichttheilsberechtigten noch andere im Testament eingesetzte Pflichtheilsberechtigte vorhanden, so ging die Querel nur auf Rescission des Testamentes bis zum Betrage der Intestatportion des Verletzten.[5]) Da aber der Pflichttheilsberechtigte diesen Erbtheil frei von allen Belastungen zu beanspruchen hatte, fiel ein entsprechender Theil der Vermächtnisse aus, denn auch der Testamentserbe haftete mit dem ihm verbleibenden Rest nur antheilsweise.[6]) Es berührte daher das Pflichttheilsrecht die Vermächtnissnehmer im Verhältniss des Betrages der Intestatportion des Verletzten.

Eine Ausnahme galt in dem Falle, da eine untheilbare Leistung Gegenstand des Vermächtnisses war.[7]) Alsdann sollte entweder zu Gunsten des Bedachten das ganze Legat giltig bleiben: Der Legatar durfte Übertragung des Legats vom Erben verlangen, hatte aber für den Überschuss, der bei theilbarer Leistung ausgefallen wäre, Entschädigung zu leisten.[8]) Oder aber es gewährte der Erbe dem Vermächtnissnehmer eine

---

[4]) 1 8 § 16 D. 5. 2: si ex causa de inofficioso cognoverit iudex . . . nec legata debentur, sed soluta repetuntur.

[5]) Vrgl.: Vangerow S. 267. Koeppen S. 602. Baron S. 683. Franke S. 303.

[6]) c. 13. C. 3. 28 . . . pro ea parte, qua resolutum est testamentum, cum iure intestati qui obtinuit succedat, neque legata neque fidei commissa debentur . . .

Z. B.: Nachlass 600. Eingesetzt 2 Notherben zu je 300, gemeinschaftlich ist ihnen ein Legat von 120 auferlegt. Es würde ihnen also ein Nettoerbtheil von je 240 verbleiben. Nun kommt aber ein Pflichttheilsberechtigter und nimmt ihnen mit der Querel eine Virilportion ($^1/_3$ von 600 = 200). Es wird also zu $^1/_3$ das Testament umgestossen, also muss auch $^1/_3$ des Legats ausfallen: $^1/_3$ von 120 = 40. Demnach verbleibt dem Legatar 80, jedem Erben 200 — 40 = 160, dem Pflichttheilsberechtigten: 200.

[7]) Vrgl. Franke S. 303. Baron S. 683. Schroeder S. 438, 439.

[8]) 1 76. p. D. 31 bietet als Beispiel eine Servitut.

entsprechende Vergütung in Geld, wogegen das ganze Legat ausfiel.[9])

Hierher gehört auch der Fall der l 28 D. 5. 2., wo die Verletzung des Pflichttheils auf einem Irrthum beruht.[10]) Wie aus l. 27 eod. hervorgeht, wurde auch gegen ein solches Testament die Querel gegeben und traten dann die gewöhnlichen Folgen ein. Ein Dekret Hadrians änderte jedoch diese Bestimmung zu Gunsten der Erhaltung der Vermächtnisse ab.[11])

II. Betheiligung der Vermächtnissnehmer an der Querel.

§ 13.

a) Aktiv.[1])

Wegen des begreiflichen Interesses, das die Vermächtnissnehmer an dem Ausgang des Rechtsstreites über die Querel haben, dies um so mehr, als das Urtheil auch für sie Rechtskraft schafft,[2]) wird ihnen in gewissem Umfange aktive Betheiligung an dem Rechtsstreit gestattet selbst gegen den Willen der eingesetzten Erben. So z. B. bei Verdacht der Kollusion zwischen den Testaments- und Notherben.[3]) Alsdann

---

[9]) So z. B.: Wenn es sich um eine Servitut handelt, die vom Testamentserben und Pflichttheilsberechtigten nur gemeinschaftlich bestellt werden kann und der Notherbe seine Mitwirkung bei der Bestellung verweigert.

[10]) Franke S. 310.

[11]) l 28 D. 5. 2: cum mater militem filium falso audisset decessisse et testamento heredes alios instituisset, divus Hadrianus decrevit hereditatem ad filium pertinere ita, ut libertates et legata praestantur. hic illud adnotatum, quod de libertatibus et legatis adicitur: nam cum inofficiosum testamentam arguitur, nihil ex eo testamento valet. Vrgl. unten § 36.

[1]) Vrgl. z. flg.: Schroeder S. 437—440. Dernburg l. c. S. 290—291. Franke S. 307, 308.

[2]) z. B.: l. 8 § 16 D. 5. 2: ipso iure rescissum testamentum.

[3]) l 29 p. D. 5. 2: si suspecta collusio sit legatariis inter scriptos heredes et eum qui de in officioso testamento agit: adesse etiam legatarios et voluntatem defuncti tueri constitutum est, eisdemque permissum est etiam appellare, si contra testamentum pronuntiatum fuerit.

Ebenso l 14 p. D. 49. 1: Appellation bei Collusio in necem legatariorum und selbständiges causam agere . . . si suspicentur non ex fide heredem causam agere. Vrgl. ferner l 5 § 1 u. 2 D. 49. 1.

können die Vermächtnissnehmer sowohl sich selbständig an dem Rechtsstreit betheiligen, als auch Rechtsmittel einlegen.[1]) Zugleich soll in diesen Fällen das im Querelstreit ergangene Urtheil für die Vermächtnissnehmer nicht Rechtskraft schaffen.[5])

Ebenso wirkt ein gegen die Testamentserben erlassenes Versäumnissurtheil nicht gegen die Vermächtnissnehmer.[6]) Endlich soll ihnen aus einer lässigen Prozessführung der Erben kein Nachtheil erwachsen.[7])

§ 14.

b) **Passiv.**[1])

Zweck der Querel war Umstossung des letzten Willens des Testators. Folgerichtig war sie gegen den Erben als den berufenen Vertheidiger des Testamentes zu richten.[2])

Fraglich ist jedoch, wieweit die Vermächtnissnehmer vom Pflichttheilsberechtigten direkt belangt werden können. Die Klage des Pflichttheilsberechtigten gegen die Vermächtnissnehmer kann einen wechselnden Charakter annehmen:

1. Möglich ist, dass sich der Notherbe des interdictum quod legatorum bedient, das ja gegen den Legatar gegeben ist, so oft er wider den Willen des Erben besitzt.[3])

---

[4]) Vrgl. die Citate in Anm. 3.

[5]) Vrgl. Anm. 7.

[6]) l 17 § 1 D. 5. 2: non idem probandum, si herede non respondente secundum praesentem iudicatum sit: hoc enim casu non creditur ius ex sententia iudicis fieri: et ideo libertates competunt et legata petuntur. Ebenso l 14 § 1 D. 49. 1.

[7]) l 50 § 1 D. 30: si hereditatis iudex contra heredem pronuntiaverit non agentem causam vel lusorie agentem, nihil hoc nocebit legatariis.

[1]) Vrgl. z. flg.: Schroeder S. 390, 440/441. Franke S. 285 flg. 304, 305. Vangerow S. 270. Keller S. 454. Brinz S. 253. Koeppen S. 660.

[2]) z. B.: l 10 p. D. 5. 2: iudicem secundum scriptum heredem pronuntiasse. l 16 p. eod.: qui contra patrem institutum agit. l 15 § 2 eod.: qui de inofficioso actione adversus duos heredes expertus est. Vrgl. auch noch Arndts: civ. Schriften II. S. 579. Schroeder S. 390 Anm. 25.

[3]) l 1 § 2 D. 43. 3: est autem ipsum adipiscendae possessionis et continet hanc causam, ut quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit, id restituat heredi.

2. Insofern der Legatar, der eine ihm als Legat gegebene Erbschaftssache trotz Rescission des Testamentes besitzt, als pro possessore possessor zu betrachten ist,[4]) wird auch die hereditatis petitio des Pflichttheilsberechtigten gegen ihn Platz haben.

3. Endlich ist dem Notherben eine condictio gegen den Legatar zuzuerkennen.[5])

a) Wurden die Legate vom Testamentserben vor Erhebung der Querel ausgezahlt, so trifft ein etwaiger Ausfall allein den Notherben. Denn dem Testamentserben kann kein Vorwurf daraus erwachsen, dass er in gutem Glauben zahlte zu einer Zeit, da er sich mit Recht noch als Erben betrachten konnte.[6])

b) Zahlte dagegen der Testamentserbe die Vermächtnisse nach der Klageerhebung, ohne sich von den Legataren für den Fall der Eviktion der Erbschaft Sicherheit leisten zu lassen, so kann er sich auf guten Glauben nicht berufen, haftet daher auch dem Notherben für einen sich ergebenden Ausfall.[7])

4. Die Frage, ob die Vermächtnissnehmer vom Pflichttheilsberechtigten direkt mit der Querel belangt werden können, ist nicht unbestritten. Bejaht wird sie von Windscheid,[8]) Schroeder,[9]) verneint von Franke,[10]) Dernburg,[11]) Koeppen.[12]) Und zwar haben die beiden erstgenannten Autoren solche Fälle im Auge, wo es im Interesse des Noth-

[4]) l 13 § 1 [a. E.] D. 5. 3: et si legatum mihi solutum est falsa causa scienti, utique pro possessore possidebo.

[5]) l 2 § 1 D. 12. 6: si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum vel inofficiosum vel irritum vel ruptum apparuerit, repetetur . . . nam divus Hadrianus circa inofficiosum . . . testamentum rescripsit actionem dandam ei, secundum quem de hereditate iudicatum est.

[6]) l 8 § 16 D. 5. 2: fere autem, si ante controversiam motam soluta sunt, qui obtinuit, repetit.

[7]) l 17 D. 5. 3: licet damnum esse videtur possessoris quod sibi non prospexerit stipulatione: evicta hereditate legata reddi.

[8]) Windscheid S. 371 und Anm. 16.

[9]) Schroeder S. 418—427.

[10]) Franke S. 286. 287.

[11]) Dernburg S. 290 Anm. 18.

[12]) Koeppen S. 660.

erben liegen würde, die Vermächtnissnehmer direkt zu belangen, sei es, weil die Testamentserben nach der Antretung gestorben sind, der Fiskus aber noch nicht angetreten hat,[13]) sei es, dass der Testamentserbe wegen mangelnden Interesses nicht erwerben will.[14]) Da hier der hereditatis petitio des Notherben der Einwand entgegengesetzt werden würde, dass er garnicht Testamentserbe sei, so sehen sie in der gegen die Vermächtnissnehmer gerichteten Querel den einzigen Ausweg, auf dem der Notherbe zu seinem Recht gelangen kann.

Da sich indessen diese Argumentation quellenmässig nicht belegen lässt,[15]) überdies auch mit dem ganzen Charakter der Querel nicht in Einklang stehen würde, so werden wir doch daran festzuhalten haben, dass ein Vermächtnissnehmer mit der Querel selbständig nicht belangt werden kann. Es bleibt immerhin dem Notherben unbenommen zu warten, bis der Fiskus die Erbschaft antritt und dann gegen diesen die Querel zu erheben.[16])

§ 15.

III. **Hinterlassung des Pflichttheils durch Vermächtniss.**[1])

Der Grundgedanke bei Ausgestaltung des Pflichttheilsrechtes war der: es sollte dem Berechtigten ein Vermögenswerth aus dem Nachlass zugewandt werden. Dies konnte freilich auch durch Aussetzung eines Vermächtnisses an den Notherben erreicht werden. Indessen unterlag dann zunächst einmal ein solches Vermächtniss dem Abzug der lex Falcidia nur insoweit, als dadurch der Pflichttheil des Vermächtnissnehmers nicht verletzt wurde.[2])

[13]) Vrgl. Schroeder S. 418.

[14]) Vrgl. Windscheid S. 371.

[15]) Dass die zur Unterstützung seiner Ansicht von Schroeder l. c. angezogene l 7 § 1 D. 5. 3 für unseren Fall nicht passt, erkennt Windscheid l. c. Anm. 18 an.

[16]) Nach c. 10 C. 3. 28. Vrgl. Schroeder S. 390.

[1]) Vrgl. z. flg.: Schroeder S. 467—471. Bluntschli S. 169. Franke S. 321.

[2]) l 6 J. 2. 18: igitur quartam (bedeutet hier die Pflichttheilsquote) quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit, sive iure hereditario sive iure legati vel fideicommissi. Vrgl. Buntschli S. 169.

Erreichte das Vermächtniss den Pflichttheil nicht, so blieb dem Verletzten das Rechtsmittel der Querel. Forderte er aber das Vermächtniss, so ging er der Querel verlustig: in der Annahme eines Legats wurde ein Verzicht auf die Querel erblickt ähnlich wie wir es bei der bon. poss. c. tab sahen. Auch war dabei gleichgültig, ob der Verletzte das Legat für sich oder einen anderen, etwa als dessen Advokat oder Prokurator forderte.[3]) Selbst wenn er das seinem Sklaven Legierte verlangte, sollte er von der Querel ausgeschlossen sein,[4]) da all diese Handlungen als Billigung des letzten Willens betrachtet wurden. Eine Ausnahme galt nur für den pflichttheilsberechtigten Vormund, der ein seinem Mündel ausgesetztes Legat einklagte.[5]) Zweifelhaft dagegen war, ob die Annahme eines Legats seitens eines pflichttheilsberechtigten Erben des Legatars einen Verzicht auf die Querel enthalte. Paulus entscheidet sich in l 32 § 1 D. 5. 2 dahin, dass in jedem Falle ein solcher sicherer gehen wird, wenn er das Legat nicht fordert.[6])

3. Abschnitt:

Die actio suppletoria und die Vermächtnisse.[1])

§ 16.

Die Bestimmungen des materiellen Notherbenrechtes, wonach der Notherbe bei Verletzung seines Pflichttheils stets

---

3) l 32. p. D. 5. 2: si exheredatus petenti legatum ex testamento advocationem praebuit procurationemve susceperit, removetur ab accusatione: adgnovisse enim videtur, qui qualequale iudicium defuncti comprobavit. Vrgl. auch noch Franke S. 321.

4) l 12 p. D. eod.: nihil interest sibi relictum legatum consecutus sit: utrubique enim praescriptione submovebitur.

5) l 10 § 1 D. eod.: illud notissimum est eum, qui legatum perceperit, non recte de inofficioso testamento dicturum, nisi id totum alicui administravit.

6) l 32 § 1 D, eod.: si legatario heres extiterit exheredatus petieritque legatum, videbimus an sit summovendus ab hac accusatione: certum est enim iudicium defuncti et rursus nihil ei ex testamento relictum verum est. tutius tamen fecerit, si se abstinuerit a petitione legati. Vrgl. Franke S. 322.

1) Vrgl. z. flg.: Dernburg S. 291. Vangerow S. 219. Franke S. 331. Schroeder S. 490.

mit der Querel das Testament ganz oder theilweise rescindierte, wurde von Justinian auf den Fall beschränkt, da dem Notherben garnichts hinterlassen war.[2]) Sofern er auf eine zu geringe Quote eingesetzt war, sollte ihm nur noch die (später sog.) actio suppletoria auf Ergänzung[3]) bis zum Betrage seines Pflichttheils zustehen. Alle übrigen Bestimmungen des Testaments aber blieben in Kraft. Mit dieser Neuerung haben wir eine bedeutende Vereinfachung gegenüber dem früheren Recht zu verzeichnen.

Die Ergänzungsklage ist als Forderungsklage aus dem Nachlass stets gegen den Erben, nie aber gegen die Vermächtnissnehmer zu richten.[4]) Immerhin übt die suppletoria in anderer Hinsicht gewissen Einfluss auf die Vermächtnisse aus.

1) Einmal tritt ipso iure Nichtigkeit aller auf dem Pflichttheil lastenden Beschwerungen, also auch dieser Vermächtnisse ein.[5])

2) Sodann unterliegen die Vermächtnisse dem gewöhnlichen Quartabzug. Hier berührt nun die suppletoria die Vermächtnissnehmer insofern, als sich infolge der Auszahlung des Pflichttheils die Quote des Testamentserben und mit ihr natürlich auch der den Vermächtnissnehmern zukommende Überschuss über die Quart vermindert.

---

[2]) c. 31 C. 3. 28: exceptis illis, quibus nihil in testamento derelictum est: in quibus prisca iura illibita servabimus.

[3]) c. 31 C. 3. 28: sed quod deest legitimae portioni, id est quartae parti ab intestato successionis, tantum repleatur.

[4]) Franke S. 331. Brinz S. 263. Keller S. 459. Arndts: civ. Schriften. II. S. 620. Vrgl. auch R. G. IV S. 119: „mit der Ergänzugsklage kann aber nur der wirkliche Erbe belangt werden, gegen die Vermächtnissnehmer findet sie nicht statt".

[5]) c. 32 C. 3. 28: ut si condicionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione moram vel modum vel aliud gravamen introducente eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, minuta esse videantur; . . . . ipsa condicio . . . . vel quodcunque onus introducens tollatur et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.

3) Windscheid[6]) will dem Testamentserben sogar in jedem Falle das Recht auf verhältnissmässige Kürzung der Legate einräumen, sodass also stets die Pflichttheilslast vom Erben und Vermächtnissnehmer verhältnissmässig zu tragen wäre.

II. Da der Pflichttheil nach dem Recht des Codex auch durch Vermächtniss hinterlassen werden konnte, war für einen pflichttheilsberechtigten Vermächtnissnehmer eine Sonderstellung nicht mehr begründet.[7])

4. Abschnitt:
Nach dem Recht der Novelle 115.

§ 17.
I. Pflichttheil und Vermächtniss.[1])

In Novelle 115 bestimmte Justinian, dass fortan totale Verletzung des Pflichttheilsrechtes stets Nichtigkeit nur der Erbeseinsetzungen zur Folge haben sollte, während alle übrigen

---

[6]) Windscheid S. 368 Anm. 3 nach Analogie des Kürzungsrechtes eines Vermächtnissnehmers gegenüber einem Untervermächtnissnehmer im Falle der Obervermächtnissnehmer durch den Abzug der lex Falcidia betroffen war. l 32 § 4 D. 35. 2.

Im übrigen fehlt aber bei Windscheid eine nähere Begründung dafür, dass diese Analogie gerechtfertigt wäre. Übrigens weist auch Schiffner S. 59 Anm. 11 bei Besprechung der einschlägigen Bestimmungen des B. G. B. auf diese Analogie hin unter Berufung auf die Ansicht Windscheids.

Dagegen Arndts bei Weiske VII S. 140 und civ. Schriften S. 620. S. 454 Anm. 292 und Koeppen S. 671. Beide lassen zuerst das zur Ergänzung des Pflichttheils Erforderliche als Schuld vom Betrage des Erbtheiles abziehen und nach dem Rest die Quart berechnen. Diese Auffassung dürfte richtiger sein als die von Windscheid vertheidigte. Allerdings ist zu beachten, dass bei unserer Berechnung (oben I 2) dem ausschliesslichen Interesse des Vermächtnissnehmers gedient wird. Dagegen erstrebt die von Windscheid aufgestellte Methode eine gleichmässigere Vertheilung der Pflichttheilslast zwischen Erben und Vermächtnissnehmern. Trotzdem ist sie für das römische Recht nicht anwendbar.

[7]) c 30 C. 3. 28 . . et haec quidem de his personis statuimus, quarum mentionem testantes fuerint et aliquam eis quantitatem in hereditate vel legato vel fidei commisso licet minorem legitima portione reliquerint.

[1]) Vrgl. z. flg.: Schmidt S. 169—171. Vangerow S. 291. Koeppen S. 616 flg. Dernburg S. 300. Windscheid S. 381.

testamentarischen Bestimmungen, in Sonderheit die Vermächtnisse, in Kraft blieben,[2]) unbeschadet des Rechtes des eintretenden Notherben, sie nach der lex Falcidia zu kürzen. War dagegen der Pflichttheil nicht vollständig hinterlassen, so blieb es bei dem alten Recht der suppletoria.[3]) Eine ev. stärkere Reduktion der Legate wurde allerdings mittelbar herbeigeführt durch Erhöhung der Pflichttheilsquote auf $^1/_3$ resp. $^1/_2$ der Intestatportion.[4])

§ 18.

II. Vermächtniss an einen Pflichttheilsberechtigten.[1])

Eine Verschärfung gegenüber dem Recht des Codex brachte die Bestimmung der Novelle, wonach der Pflichttheilsberechtigte wieder einen Anspruch auf Erbeseinsetzung haben sollte. Zuwendung des Pflichttheils durch Vermächtniss genügte nicht, wenn nicht der honor institutionis gewahrt war.[2]) Dem Notherben blieb es jedenfalls überlassen, ob er in solchem Falle das Vermächtniss fordern oder sein Recht aus der Novelle geltend machen wollte.[3]) Bestritten ist hierbei, ob der

---

[2]) c. 3 § 15 a. E. Nov. 115: si tamen contigerit in quibusdam talibus testamentis quaedam legata . . . relinqui . . . ea omnia iubemus adimpleri et dari illis quibus fuerunt derelicta, ut tamquam in hoc non rescissum obtineat testamentum.

c. 4 a. E. Nov. 115: si quid autem pro legatis. . . . . in aliis legibus inventum fuerit huic constitutioni contrarium hoc nullo modo volumus obtinere.

[3]) c. 5 p. Nov. 115: quidquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum alias nostras leges ab heredibus adimpleri. Vrgl. Schmidt S. 170.

[4]) bei 2—4 Kindern $^1/_3$, bei mehr als 4 Kindern $^1/_2$. c. 1. Nov. 18.

[1]) Vrgl. z. folg.: Dernburg S. 296, 297. Schmidt S. 180, 181. Vangerow S. 291. Koeppen S. 661. Franke S. 389. Bluntschli S. 263—265. Arndts bei Weiske VIII S. 153.

[2]) c. 3 p. Nov. 115: sancimus igitur non licere . . . eas personas . . . praeterire aut exheredes in suo facere testamento nec si per quamlibet donationem vel legatum vel fidei commissum . . . eis dederint legibus debitan portionem. Vrgl. Dernburg S. 297. A. 1

[3]) Vangerow S. 291.

Notherbe durch die Wahl der einen Massregel von der anderen ausgeschlossen wird. Die Mehrzahl der Schriftsteller verneint diese Frage und entscheidet sich auch in diesem Falle für die Erhaltung der Vermächtnisse [4]) Dieser Auffassung ist durchaus beizustimmen. Der gegentheiligen Ansicht, die sich auf die Analogie der bon. poss. c. tab. stützt, deren Erbittung, wie wir sahen, den Untergang der dem Kontratabulanten zugewandten Vermächtnisse zur Folge hatte, ist die Unmöglichkeit einer solchen Analogie entgegenzuhalten.[5]) Es ist nämlich zu beachten, dass, während die Nichtigkeit der testamentarischen Anordnungen bei der bon. poss. c. tab. erst durch einen freien Entschluss des Verletzten herbeigeführt wurde, sie nach der Novelle der herrschenden Meinung nach ipso iure eintritt.[6]) Ausserdem spricht die Novelle von der Erhaltung der Vermächtnisse schlechthin.[7]) Dass Justinian bei Erlass dieser Bestimmung nur an solche Legate gedacht haben soll, die Dritten, nicht Pflichttheilsberechtigten zugewandt waren, wie Bluntschli[8]) unterstellt, ergiebt sich wenigstens aus dem Wortlaut der Novelle nicht. Darin ist allerdings Bluntschli beizustimmen, dass die Billigkeit für seine Entscheidung spricht: sed ubi lex non distinguit, nec nostrum est distinguere. Deshalb halten wir daran fest, dass auch die Berufung des mit einem Vermächtniss bedachten Notherben auf die Nov. 115 seinem Vermächtniss nicht schaden soll.

---

[4]) So Schmidt S. 180. Arndts bei Weiske VIII. S. 153. Vangerow S. 291. Koeppen S. 661.

A. M. Franke S. 389 unter Hinweis auf l 5 § 2 D. 37. 5; ingleichen Bluntschli S. 263, 265 unter Berufung auf die Analogie des bon. poss. c. tabulas.

[5]) Vrgl. Arndts l. c. S. 153. Schmidt S. 180.

[6]) c. 3 § 15 Nov. 115: si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiudicium generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet, testamento vacuato ad parentum hereditatem liberos tamquam ab intestato ex aequa parte pervenire ...

[7]) Schmidt S. 180. ferner c. 3 § 15 a. E. Nov. 115: ea omnia iubemus adimpleri.

[8]) Bluntschli S. 264.

II. Die Klage, mit der der Notherbe dann sein Vermächtniss einfordert, wird die gewöhnliche actio legati sein.[9]) Denn in Ansehung der Legate wird es ja so gehalten, als wäre das Testament nicht beseitigt.[10])

II. Kapitel.

Übersicht über die Entwicklung der Frage bis zum A. L. R.

§ 19.

I. Die Entwicklung im gemeinen und kanonischen Recht.

I. Eine Erweiterung der Rechte des Pflichttheilsberechtigten schuf das kanonische Recht[1]), indem es dem Pflichttheilsberechtigten einen Anspruch sowohl auf den Pflichttheil wie auf die falcidische Quart, frei von allen Belastungen einräumte. Durch diese Bestimmung wurden die Legatare insofern betroffen, als einmal die zu ihren Gunsten angeordneten, den Pflichttheil beschwerenden Belastungen fortfielen, sodann aber die Vermächtnisse dem doppelten Abzug der Quart und der Pflichttheilsportion unterlagen.[2])

II. Das gemeine Recht hat an dem Pflichttheilsrecht der Novelle, soweit es für unsere Frage in Betracht kommt, nichts geändert. Übernommen wurden die Modifikationen des kanonischen Rechts.[3])

---

[9]) Vrgl. Schmidt S. 181.

[10]) NB.! Da es hinsichtlich der Geschwister auch nach der Novelle bei dem alten Recht der Querel bleibt, kann hier auf das oben § 12 flg. Gesagte verwiesen werden.

[1]) c. 16. 18. X. 3. 26.

[2]) Dernburg S. 296 Anm. 8. Wächter III S. 831. 832. Anm. 11. Schroeder S. 502.

[3]) Die Ausbildung der cautela Socini und die Bestimmung, dass jede Zuwendung als Erbeseinsetzung behandelt werden sollte, wodurch der letzte Rest des formellen Notherbenrechtes der Novelle beseitigt wurde, lässt unsere Frage unberührt.

§ 20.

II. Stellungnahme der deutschen Partikularrechte.

Dem älteren deutschen Recht waren weder Testamente noch Vermächtnisse bekannt. Erst seit der Reception fanden beide Rechtsinstitute in Deutschland Aufnahme, im ganzen in der vom römischen Recht vorgezeichneten Gestalt.[1]) Vor allem aber stellte sich mit der Aufnahme der Testamente die Nothwendigkeit heraus, die Verfügungsmacht des Testators zu beschränken. Auch hier waren die römischen Sätze meist vorbildlich.[2])

Im einzelnen hing die Frage nach dem Einfluss einer Verletzung des Pflichttheilsrechtes hinsichtlich der Vermächtnisse regelmässig von der Gestaltung des Pflichttheilsrechts im konkreten Falle ab. Nur wenige der in der Folgezeit entstandenen Kodifikationen, die den Pflichttheil als Erbtheil fassten, knüpften an die unrechtmässige Verletzung dieses Rechtes Nichtigkeit des ganzen Testamentes, so z. B.:

Pfälz. Landrecht [3]) Theil III titul. 14 § 3:

ob auch in der Eltern Testamenten solch Rechtstheil den kindern nicht verlassen sondern die ohne rechtmässige Ursachen darinnen übergangen oder gantz aussgelassen oder gar enterbt waren, sollen solche Testament von Unkräfften sein.

§ 4. in sonderheit aber wollen Wir, dass vermög gemeiner beschriebener Rechten den kindern ihr Rechttheil durch Erbeinsatzung und nicht anderwerts durch ein Legat . . . verlassen werde. Denn sonsten soll das Testament . . . von Unwirden sein.

Ebenso: Wormser Ref.[4]) IV 3. tit. 3:

Ein Testament, darinn der Kinder eines nicht bedacht, sonder übersehen, fürgangen oder ohn Ursach enterbt, ist unmessig, von nichtig und unkrefftig.

Nach anderen Rechten tritt Nichtigkeit nur der Erbeseinsetzungen ein und wird die Pflicht, die Legate zu leisten, ausdrücklich statuiert. So nach dem

Württemberg Landrecht[5]) III. 14 § 2.

---

[1]) Vrgl. Stobbe V. Anm. * vor § 302 S. 217.

[2]) Stobbe S. 236/237.

[3]) Druck des Exemplars von 1582.

[4]) cit. bei Stobbe S. 238 Anm. 3.

[5]) Druck des Exemplars von 1519.

Wenn aber die Eltern ihre Kindern auch solchen Pflichttheil nicht verschaffen, sondern dieselben praeteriren und übergehen oder ohn rechtmässige Ursach gar ausschliessen würden, soll ihr Testament und letzter Will (sovil die Einsatzung des Erben betrifft) kein krafft noch bestand haben.

Solms. Landrecht[6]) XXIII § 15 . . . in alle Wege zu Erben benennen und einsetzen . . . dieweil ohn das jhre Testamenta, vermöge der Recht nicht und krafftlos (sovil die Erbsatzung belangt), sein würden.

Frankfurter Reform[7]) IV 3 § 3. 4. . . . so ist das Testament, sovil die Eynsetzung der Erben belangt, unkrefftig und nichtig, doch bleiben die Legata . . . nicht destoweniger in ihren krefften, sollen also auch durch die Erben ab intestato vollzogen werden.

In gleicher Weise gewährt das Hamburgische Stadtrecht[8]) III. Theil Tit. I Art. 26 den unrechtmässig Enterbten oder Präterirten ein Anfechtungsrecht, statuiert aber zugleich die Pflicht, die Legate zu leisten resp. von denselben, soweit sie die legitima übertreffen, dieselbe abzuziehen und von dem Rest die Legate „nach Anzahl" zu entrichten.

Das ältere Zürcher Recht[9]) gestattete die Anordnung von Vermächtnissen an dritte Personen überhaupt nur in einem im Verhältniss zum Gesamt-Nachlass beschränktem Betrage.

Im übrigen fehlt es an näheren Bestimmungen darüber, wie sich gegebenen Falls die Pflichttheilslast zwischen Erben und Vermächtnissnehmer vertheilt.

III. Kapitel.

Die Regelung der Frage in den neueren Kodifikationen.

I. Abschnitt.

Nach dem Preussischen allgemeinen Landrecht.

§ 21.

I. Einleitende Bemerkungen über die rechtliche Natur des Pflichttheils im A. L. R.

Um die Frage nach dem Verhältniss der Legatare zum

[6]) cit. bei Stobbe l. c.

[7]) cit. bei Stobbe l. c.

[8]) Abgedruckt bei Wulff II S. 169.

[9]) Stobbe S. 245. Bluntschli in der Zürcher Rechtsgeschichte II S. 331. sub 4. 1. b.

Pflichttheilsberechtigten, wie es sich im A. L. R. darstellt, beantworten zu können, wird es erforderlich sein, einige allgemein orientierende Bemerkungen über die rechtliche Gestaltung des Pflichttheils in diesem Gesetzbuch voranzuschicken.[1])

Da das A. L. R. auf eine Charakteristik des Pflichttheilsrechtes verzichtet hat, so herrscht über die Rechtsnatur dieses Institutes nichts weniger als Einigkeit. Von den zahlreichen diesbezüglichen Theorien seien nur die drei angesehensten erwähnt: die sog. Notherbentheorie (vertreten von Koch,[2]) Foerster[3]) und der Mehrzahl der Entscheidungen des Obertribunals[4]), die von Zitelmann[5]) aufgestellte Anfechtungstheorie und die Forderungstheorie[6]), die man wohl als die herrschende bezeichnen kann.

Wenn wir uns der letzteren anschliessen, so geschieht dies aus den im folg. kurz zu referierenden Gründen, auf die übrigens, wenigstens in dieser Ausführlichkeit zuerst Schultzenstein[7]) aufmerksam gemacht hat und die auch im wesentlichen

---

[1]) Vrgl. übrigens Dernburg: Preuss. Priv. R. III. S. 605: „Die Verschiedenheit der Theorien tritt besonders hervor bei der Frage der „Folgen der Verletzung des Pflichttheilsrechtes."

[2]) Koch: Das preuss. Erbrecht 1866 S. 448, 449.

[3]) Förster in seinen früheren Auflagen (citiert bei Eccius Anm. auf S. 326, Band III).

[4]) Für die Erbrechtstheorie: Obertribunal: Entsch.: XXXI. S. 35. Strieth: XVI. S. 318. Entsch.: XXXVIII. S. 201. Dagegen bezeichnet das Obertribunal (bei Strieth: XXXIV. S. 123) die Ansicht, „dass der Pflichttheilsberechtigte immer wahrer Erbe sein müsse, ein wirkliches Erbrecht habe", für „irrig", „derselbe habe nur ein Forderungsrecht."

Ferner sich widersprechend in einem Zuge: Obertribunal Entsch.: XXVIII. S. 95, wo es heisst: „Der Notherbe ab intestato hat ein wahres Forderungsrecht" und wenige Zeilen weiter: „denn der Pflichttheil ist ein Erbrecht ab intestato."

[5]) Zitelmann bei Gruchot XX. S. 347, 354 flg.

[6]) Vertreten von Gruchot: Glossen: III. S. 202—205, 210, 211. Mühlenbruch bei Glück XXXVIII. S. 49—56. Temme, Lehrbuch II. S. 221. Hinschius in Kochs Kommentar III. S. 396. Anm. 93 c. Schultzenstein, Beiträge S. 156. Dernburg, Priv. R.: III. S. 575. Reichsgericht VI. S. 247 flg. XXI. S. 272. XXIII. S. 228. O. Fischer: Lehrbuch S. 639.

[7]) Schultzenstein l. c. S. 64—156.

für das Reichsgericht[8]) ausschlaggebend waren. Das von Dernburg[9]) für die Forderungstheorie Gesagte dürfte sich ebenfalls mit den Ausführungen Schultzensteins decken. In Anbetracht dieses Umstandes glauben wir uns mit einer kurzen Zusammenfassung der durchaus zu billigenden Ausführungen Schultzensteins begnügen zu können.[10])

1. Wie wenig der Sprachgebrauch des A. L. R. für die eine oder andere Theorie entscheidet, hat bereits Schultzenstein[11]) eingehend und überzeugend gezeigt.[12])

2. Hingegen werden wir mit Rücksicht auf die von den Redaktoren des A. L. R. erstrebte Vereinfachung[13]) dieser Materie, ferner in Anbetracht der für die Beibehaltung eines Pflichttheilsrechtes überhaupt ausschlaggebenden Gesichtspunkte[14]), sodann unter Vergleichung der landrechtlichen Kodifikation mit dem damals herrschenden Rechtszustande[15]) und dem Rechtsbewusstsein des Volkes,[16]) dem Einfluss der naturrechtlichen Schule,[17]) in Anbetracht der im A. L. R. gegebenen Möglichkeit einer Zuwendung des Pflichttheils durch Vermächtniss[18])

[8]) Vrgl. die Entscheidungsgründe R. G. VI. S. 247 mit Schultzenstein l. c.

[9]) Dernburg, Preuss. Pr. R. III. S. 574 flg.

[10]) Andererseits konnte die ganze Frage, die für das Folgende das Fundament bildet, nicht ohne weiteres übergangen werden.

[11]) l. c. S. 92—98.

[12]) Ebenso R. G. VI. S. 250. Ueber den wenig konformen Sprachgebrauch des A. L. R. überhaupt Fischer: Preuss. Priv. R. S. 11.

[13]) Vgl. Suarez in den amtlichen Vorträgen bei der Schlussrevision (cit. bei Gruchot: Glossen III. S. 107, 108) „Es war also nothwendig, diese verwickelte Theorie zu simplificieren.“ Dazu Schultzenstein S. 106. Dernburg S. 575.

[14]) Vrg. Suarez ebenda (cit. bei Gruchot l. c. S. 111) „Die Absicht, warum die Gesetze den Kindern die Legitimam konserviert wissen wollen, ist doch unstreitig die: damit die Kinder . . . aus dem Nachlass . . . wenigstens soviel erhalten möchten, als nöthig ist . . . um einige Unterstützung ihres Fortkommens zu finden. Dazu Schultzenstein S. 106. R. G. VI. S. 248.

[15]) Schultzenstein S. 107. flg.

[16]) Schultzenstein S. 159.

[17]) Schultzenstein S. 105. 106. R. G. VI S. 248.

[18]) Schultzenstein S. 114 R. G. VI. S. 249. A. L. R. II 2 § 396.

sowie der Berechnung des Pflichttheils nach Abzug der Nachlassschulden[19]: unter Hinweis auf alle diese Momente werden wir sagen dürfen, dass eine Ähnlichkeit der landrechtlichen Pflichttheilsklage mit der suppletoria nicht zu verkennen ist.[20] Dass die letztere aber eine reine Forderungsklage ist, wurde bereits oben gezeigt.[21][22] So dürfen wir denn unter besonderer Betonung des Umstandes, dass eine Gestaltung des Pflichttheils als eines Forderungsrechtes am besten den Interessen der Betheiligten entspricht, auch in der Praxis zu den befriedigendsten Ergebnissen führt, die Forderungstheorie als die dem Landrecht zu Grunde liegende bezeichnen.

Mit ihr ist wohl zu vereinigen die dem Erblasser eingeräumte Befugniss, den Pflichttheil durch Erbeseinsetzung oder Legat zu hinterlassen und so dem Berechtigten die Stellung eines Erben resp. Vermächtnissnehmers zu geben.[23]

§ 22.

II. Prinzipale oder subsidiäre Beitragspflicht der Legatare zum Pflichttheil?

Erweist sich somit das Pflichttheilsrecht als ein Forderungsrecht und also die Pflichttheilsschuld als eine wenn auch bevorzugte Nachlassschuld, so sind zugleich die Personen der Verpflichteten gegeben. Wie alle Nachlassschulden, so ist auch die Forderung aus dem Pflichttheil von dem Vertreter des Nachlasses d. h. vom Erben zu berichtigen.

Vorausgeschickt werden soll, was nach dem Vorhergehenden eigentlich sich von selbst ergiebt, dass eine totale

[19] Also Zuwendung eines Quantums, nicht einer Quote. Schultzenstein S. 132. Rg. VI S. 248.

[20] Schultzenstein S. 111 Rg. VI. S. 249.

[21] Im Uebrigen ist zu dem Gesagten zu vergleichen Schultzenstein und Dernburg l. c. sowie die Reichsgerichtsentscheidung in Band VI l. c. Auch Gruchot Glossen III S. 107 flg. u. 202 flg.

[22] Oben § 16.

[23] Vrgl. Schultzenstein S. 156. Hinschius S. 398. Ziffer 1 in Koch's Kommentar B. III.

oder partielle — Verletzung des Pflichttheilsrechtes in keiner Weise Nichtigkeit des ganzen Testamentes oder auch nur einzelner Anordnungen nach sich zieht. Die Wirkung des Pflichttheilsrechtes ist gegenüber dem früheren Recht erheblich abgeschwächt.[1])

Sehr streitig ist indessen die Frage, inwieweit die Legatare zu den Lasten des grundsätzlich vom Erben zu berichtigenden Pflichttheils einen Beitrag zu leisten haben.

Die beiden in Betracht kommenden §§ lauten:

I. 12 § 334: Reicht aber der Nachlass zur Bezahlung der Schulden, Ergänzung des Pflichttheils oder Berichtigung der übrigen Vermächtnisse nicht zu, so müssen die Legatarii, nach Verhältniss der ihnen geschehenen Zuwendungen dazu mit beitragen oder Abzug leiden.

Dagegen II. 2 § 434: Zur Entrichtung oder Ergänzung des einem solchen Kinde zukommenden Pflichttheils müssen die übrigen Erben und Legatarien nach Verhältniss ihrer Portionen beitragen.

Es will scheinen, als bestünde zwischen beiden §§ ein offenbarer Widerspruch: während § 334 ganz deutlich und unumwunden eine lediglich subsidiäre Beitragspflicht der Legatare statuiert, scheint in § 434 ganz allgemein von einer Haftung der Legatare für den Pflichttheil die Rede zu sein.

So allerdings, wenn man die beiden §§ aus dem ihnen im Gesetz angewiesenen Zusammenhang herausreisst und als gleichwerthig nebeneinander stellt. Es soll deshalb eine Vereinigung beider §§ hier versucht und gezeigt werden, dass in der That das Landrecht nur an zweiter Stelle die Legatare für den Pflichttheil haften lässt.[2])

Dem Einwand, der von den Verfechtern der gegentheiligen

[1]) A. L. R.: II 2 § 436. Anders freilich nach des corpus iuris Fridericianum vom Jahre 1751 pars II. lib. 7 tit. 4 Art. 2 § 30: „Wenn also die Kinder präteriret werden, so ist dergleichen Testament ipso iure null und nichtig.“ (cit. bei Gruchot: Glossen III S. 201).

[2]) Für diese bedingte Beitragspflicht der Legatare sind: Schultzenstein S. 128 flg. Obertribunal-Entsch.: B XXVIII. S. 86 flg. Strieth: XIX. S. 360.

Ansicht[3]), als hätten die Legatare unbedingt zu der Pflichttheilslast beizutragen, erhoben wird: es entspreche eine derartige Vertheilung den Intentionen des Erblassers,[4]) auch habe ein derartiger Gedanke den Redaktoren des Landrechtes vorgeschwebt — wenigstens nach den Schlussbemerkungen von v. Suarez[5])[6]) zu urtheilen, diesem Einwand ist entgegenzuhalten: dass zwar eine derartige Vertheilung sehr wohl dem Willen des Erblassers entsprechen kann, solange sie aber im Gesetz nicht positiv Ausdruck gefunden hat, sie ohne eine diesbezügliche spezielle Anordnung des Erblassers nicht zu berücksichtigen ist. Im Gegentheil: wenn aus dem Umstande, dass eine Bestimmung, wie sie noch in den Schlussvorträgen hervorgehoben wurde, im Landrecht keine Aufnahme gefunden hat, überhaupt ein Schluss gezogen werden darf, so kann es nur der sein, dass mittlerweile die Redaktoren ihre ursprüngliche Ansicht über diesen Punkt geändert, daher diese Bestimmung ganz fallen gelassen haben.[7])[8])

Einen Widerspruch der beiden §§ vermögen wir aber mit Dernburg[9]) nicht herauszulesen.[10]) Auch erscheint der

[3]) Für unbedingte Beitragspflicht dagegen Koch: Erbrecht S. 429. Zitelmann bei Gruchot l. c. S. 372. Gruchot Glossen I S. 606. Eccius: Band IV. S. 355. Anm. 138.

[4]) Dernburg l. c. S. 610. 611. Anm. 32. 33.

[5]) So Eccius IV. S. 355. Anm. 138. Gruchot l. c. I. S. 606. Koch: Erbrecht S. 429.

[6]) Suarez ad § 322 Theil I. tit. 2 (cit. bei Schultzenstein S. 29): „Nur soviel könne das Gesetz mit Grund vermuten, dass der Erblasser, wenn er sich den Fall einer Schwächung der Masse durch den von dem enterbten Kinde hinwegzunehmenden Pflichttheil gedacht hätte, den Testamentserben mit Legaten weniger belastet haben würde, woraus folge, dass die Abfindung des Kindes mit seinem Pflichttheil nicht den Erben allein, sondern auch die Legatarii nach Verhältniss ihrer Theilnehmung an der Masse treffen müsse."

[7]) Schultzenstein S. 130. Ebenso Obertribunal bei Strieth: XIX. S. 362.

[8]) Dass die Ansicht von Suarez im Gesetz nicht durchgeführt sei, glaubt angesichts des § 434 II. 2 A. L. R. Eccius nicht zugeben zu können. S. 355. A. 138. Ebenso Zitelmann l. c. S. 372. Koch l. c. S. 429.

[9]) l. c. S. 610 und Anm. 32.

[10]) Am einfachsten macht sich die Sache Gruchot Glossen I S. 605, 606, der in dem § 434 II 2 einen „beachtenswerthen Unterschied" gegenüber § 334 I 12 erblickt.

Ergänzungsversuch, wie ihn das Obertribunal[11]) in einer eingehenden Beurtheilung der Frage unternommen hat, wenn auch dem Sinn des Landrechts nicht zuwider, so doch in gewisser Weise überflüssig.[12])

1. Dass bei unzureichendem Nachlass die Legatare zur Pflichttheilslast heranzuziehen sind, dürfte den Wortlaut des § 334 I 12 A. L. R. gemäss unbestritten sein.[13])

2. In allen übrigen Fällen gestaltet sich die Sachlage folgendermassen:

Bei Gelegenheit der Erörterung über die Haftung der Legatare für die Erbschaftslasten (vergl. das Marginale[14]) spricht sich § 332 I 12 dahin aus, dass abgesehen von dem Falle des § 325 I 12[15]) eine solche Haftung nicht anzunehmen sei. Noch allgemeiner ist § 333 I 12 gehalten, der unter Beseitigung der falcidischen Quart ausdrücklich anordnet: „Der Erbe dürfe dem Legatar keine Abzüge machen bloss aus dem Grunde, dass nach der Berichtigung der Schulden (wozu auch die Schulden der Pflichttheilsforderung gehören, Anm. des Verf.) für ihn kein Erbtheil übrig bleibe.“ Schon in diesem § erkennen wir das Prinzip: Unbedingte Haftung der Erben, Befreiung der Legatare von jeder Haftung.

Nun folgt im § 334 eine Einschränkung dieses Prinzips, das unter Umständen zu Härten gegen den Pflichttheilsberechtigten führen könnte, wenn nämlich der Nachlass erschöpft, vom Erben selbst nichts mehr zu holen ist. Hier würde der Pflichttheilsberechtigte leer ausgehen, die Legatare aber alles behalten dürfen. Deshalb sagt § 334 I 12: Wenn auch die Legatare im allgemeinen von der Pflichttheilslast nicht berührt werden (§ 332, 333), so soll doch eine Aus-

[11]) Entsch.: XXVIII. S. 89, 91, 93, 94, 96.

[12]) Gegen diese Ergänzung Dernburg S. 610 Anm. 32.

[13]) Dernburg S. 610 und Anm. 31.

[14]) „Wie weit Legatarii zu den Erbschaftslasten beitragen müssen.“ ad § 332 I. 12 flg.

[15]) I. 12 § 325: „Der Legatarius muss die vermachte Sache mit allen bei dem Ableben des Erblassers darauf haftenden Lasten übernehmen, wenn nicht der Testator ein anderes ausdrücklich verordnet hat.“

nahme gelten für den Fall, dass der Nachlass nicht ausreicht. Dass es sich dabei um eine Ausnahme handelt, ergiebt schon die Wortverbindung des § 334 mit § 333 durch die Konjunktion „aber". Wollen wir im § 334 ein allgemeines Prinzip erblicken, so kann es nur das sein: Haftung der Legatare bei unzureichendem Nachlass. arg. § 334 schliessen wir dann: In allen anderen Fällen Ausschluss einer solchen Haftung. Somit erweist sich als Mittelpunkt der einschlägigen Vorschriften über die Beitragspflicht der Legatare zum Pflichttheil §§ 332/333, während § 334 die Ausnahme statuiert.

Wir wenden uns zu § 424 II 2. In II 2. § 431 flg. ist vom Pflichttheil der Kinder die Rede. In § 434/435 wird die Vertheilung der Pflichttheilslast normiert, eine Bestimmung, die sich lediglich auf das gegenseitige, nach aussen d. h. Dritten gegenüber nicht hervortretende Verhältniss zwischen Erben und Legataren bezieht. Im übrigen aber giebt dieser § nicht Aufschluss über die Frage: „wann" die Legatare haften, sondern nur darüber: „wie", „in welchem Verhältniss", „in welcher Höhe" sie untereinander und gegenüber den Erben haften, wenn sie haften. Die uns hier interessierende Frage, „wann" die Legatare haften, haben bereits §§ 332—334 I 12 zur Genüge beantwortet. Es ist daher für unsere Untersuchung: ob prinzipale oder subsidiäre Beitragspflicht der Legatare § 434 und § 435 II 2 nicht in Betracht zu ziehen.

Dass für den Fall, wo keine Testamentserben vorhanden sind, sondern der Nachlass lediglich durch Vermächtnisse erschöpft wurde, die Legatare allein den Pflichttheil aufzubringen haben, ergiebt sich aus der Natur der Sache. Es wird dann eben der Nachlass wie ein solcher zu behandeln sein, der zur Bezahlung der Nachlassverbindlichkeiten nicht ausreicht, und also die Beitragspflicht der Vermächtnissnehmer nach § 334 I 12 Platz greifen.[16])

[16]) Wir können auch hier von einer blos subsidiären Beitragspflicht im Sinne des § 334 I. 12 sprechen: subsidiär: insofern der Nachlass erschöpft ist und zur Bezahlung der Pflichttheilsforderung nicht ausreicht.

Dagegen konstruiert Schultzenstein (S. 129/130) für diesen Fall eine prinzipale Beitragspflicht.

Keine Schwierigkeit bereitet § 435 II 2, der sich dahin ausspricht, dass bei ausdrücklicher Zuwendung des entzogenen Pflichttheils an einen Legatar dieser im Verhältniss zum Erben allein und in erster Linie den Pflichttheilsberechtigten zu befriedigen hat.

§ 23.

III. Passivlegitimation der Legatare gegenüber der Pflichttheilsklage.

Nachdem gezeigt wurde wann die Legatare zur Pflichttheilslast beizutragen haben, wollen wir im folgenden untersuchen, inwieweit die Pflichttheilsklage beim Vorliegen der im vorigen § bezeichneten Voraussetzungen direkt gegen die Legatare gerichtet werden kann resp. ob die Legatare gegebenen Falls überhaupt passiv legitimiert sind.

1. Aus der Natur der Pflichttheilsklage als einer Forderungsklage auf Zahlung einer bestimmten Summe aus dem Nachlass folgt, dass sie stets gegen die Erben als die Vertreter des Nachlasses zu richten ist.[1])

2. Dies selbst dann, wenn die Legatare zu den Lasten des Pflichttheils einen Beitrag zu leisten haben.[2]) Denn die Vertheilung der Pflichttheilslast ist ein internum zwischen Erben und Vermächtnissnehmern, es kann daher die Vorschrift weder des § 334 I 12, noch des § 434 II 2 A. L. R. überhaupt die Legatare in ihrem Verhältniss zum Pflichttheilsberechtigten berühren. Mehr als diese interne Regelung der Pflichttheilslast wollten die genannten §§, namentlich der § 434 II 2 nicht aussprechen. Es kann in § 434 II 2 auch nicht im entferntesten irgend welche Hindeutung auf die Person des Verpflichteten erblickt werden.[3])

---

[1]) A. L. R. I. 12 § 298.

[2]) Obertribunal bei Strieth: XIX. S. 355.

[3]) Indessen herrscht bezüglich dieses Punktes in der Litteratur ziemliche Uebereinstimmung dahin, dass die Erben vom Pflichttheilsberechtigten zu belangen seien. Vrgl. Koch: Erbrecht S. 468. Zitelmann l. c. S. 373. Schultzenstein S. 170. Obertribunal bei Strieth: XIX. S. 355. Gruchot Glossen III S. 211.

3. Streitig ist sodann die Frage nach der Passivlegitimation der Legatare im Falle des § 435 II 2.[4]) Hier soll auch vom Standpunkt der Forderungstheorie aus eine direkte Klage gegen den betreffenden Legatar zulässig sein.[5]) Dem gegenüber wäre jedoch folgendes zu erwägen:

Soweit zugegeben wird, dass § 434 II 2 nur das zwischen Erben und Vermächtnissnehmern bestehende (innere) Verhältniss regelt[6]) und also aus diesem § kein Anhalt für die Passivlegitimation gewonnen werden kann, muss konsequent dasselbe bezüglich des § 435 II 2 angenommen werden. Das würde schon der grammatikalische Zusammenhang der beiden §§ begründen.[7]) In dieser Beziehung wird namentlich bei Gruchot[8]) die nöthige Begründung vermisst.

Indessen berufen sich diejenigen Autoren, welche im Falle des § 435 II 2 Passivlegitimation der Legatare annehmen, lediglich auf diesen §, indem sie schlechthin behaupten: es sei in diesem § 435 zugleich die Person des Legatars als des Beklagten bezeichnet.[9]) Es lässt sich jedoch trotz der unten Anm. 9 angeführten Begründung des Reichsgerichts nur nicht leicht einzusehen, wie § 435 „nur dahin verstanden" werden

---

[4]) A. L. R. II 2 § 435: Hat aber der Erblasser den dem enterbten Kinde entzogenen Pflichttheil einem der Miterben oder Legatarien ausdrücklich beschieden, so muss dieser allein das zur Ungebühr enterbte Kind abfinden.

[5]) So Dernburg S. 607 u. Anm. 13. Ebenso Obertribunal bei Strieth: XLIII. S. 135. Entsch.: LXIV. S. 195. Strieth: LXXVIII. S. 80. R. G. XV. S. 297. Gruchot Glossen III S. 211.

Abweichend im Fall des § 435: Obertribunal bei Strieth: XIX. S. 355 (nur die Erben seien passiv legitimiert).

[6]) So Koch: Erbrecht S. 468. Schultzenstein S. 170. Zitelmann S. 373. Gruchot III. S. 211. Temme S. 222. Koch: Kommentar III. S. 401. Anm. 97.

[7]) Schultzenstein S. 268.

[8]) Gruchot III. 211.

[9]) So Dernburg S. 607. Reichsgericht XV S. 299: „Denn der § 435 lässt sich nur dahin verstehen, dass die betreffenden Legatarien das enterbte Kind dadurch abfinden sollen, dass sie demselben ihr Legat . . . überlassen." S. 300: „dass also der Legatar der dem Kinde (nicht dem Erben) Verpflichtete ist".

kann, dass er implicite eine Bezeichnung der Person des Beklagten enthalten soll. Zu einer solchen Auslegung giebt weder der Wortlaut des § 435 noch auch sein Zusammenhang mit § 434 Veranlassung.

Sodann aber dürfte noch folgendes in Betracht zu ziehen sein: Es kann doch an der Stellung des Testamentserben als Erben und des Legatars als Legatar der Umstand nichts ändern, das eine Summe, die eigentlich zur Begleichung des Pflichttheils hätte dienen sollen, statt dessen einem Dritten als Legat zugewandt wurde. Es ist wenigstens nicht einzusehen, wie dieser Umstand nach aussen hin eine Sonderstellung des Legatars begründen sollte, wie vor allem der Pflichttheilsberechtigte dadurch gezwungen werden könnte, sich an einen anderen als den ursprünglich Verpflichteten d. h. den Erben zu halten. So wenig aber die Stellung dieser Person verändert werden kann, so wenig kann ihre Rechtslage als Legatar dahin verschlechtert werden, dass gegen sie ein direkter Angriff in dem einen Fall zulässig sein sollte, der in allen übrigen Fällen versagt wird.

Gewiss ist zuzugeben, dass eine direkte Inanspruchnahme der Legatare in vielen Fällen unter Ersparung von Kosten rascher zum Ziele führen kann, als auf dem Umwege: Klage gegen den Erben; Klage des Erben gegen den Legatar. Und wenn die Praxis sich auch daher für die Zulässigkeit der Klage gegen den Legatar im Falle des § 435 II 2 entschieden hat, so mag sie zwar damit einem praktischen Bedürfnisse entgegengekommen sein, dass aber eine derartige Modifikation dem Sinne des A. L. R. und dem Charakter des Pflichttheils als eines Forderungsrechtes entspräche, kann schlechterdings nicht behauptet werden.

Wenn Dernburg[10]) meint, dass im Fall des § 435 der Legatar als der an der Aufrechterhaltung seines Legats am meisten Interessierte zu belangen sei, so ist ihm mit Schultzenstein[11]) entgegenzuhalten, dass der Legatar schliesslich

[10]) S. 607 flg. und auf ihn Bezug nehmend R. G. XV. S. 300, 301.
[11]) S. 266.

ein eben solches Interesse in allen anderen Fällen hat, so oft er beitragspflichtig ist.[12])

Wir kommen daher zu folgendem Ergebniss:

Aus § 435 II 2 kann ebensowenig wie aus § 434 II 2 ein Schluss auf die Passivlegitimation gezogen werden. Beide behandeln nur die Ausgleichungspflicht zwischen Testamentserben und Legataren. Auch bezieht sich § 334 I 12 nicht sowohl auf die Passivlegitimation als vielmehr auf den Eintritt der Haftung des Legatars. Fehlt es somit an einer gesetzlichen Bestimmung über die Passivlegitimation gegenüber der Pflichttheilsklage, so kommen die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung:

In § 298 I 12 wird der Erbe als der zur Berichtigung der Nachlassschulden Verpflichtete bezeichnet, er muss also stets legitimiert sein. Nachdem wir aber sahen, dass

1. die Pflichttheilsschuld eine Nachlasschuld ist;
2. der Fall des § 435 von dem des § 434 II 2 durchaus keine Verschiedenheit bezüglich der Person des Verpflichteten aufweist,

gelangen wir dahin zu sagen: Es ist in allen Fällen der Erbe vom Pflichttheilsberechtigten zu belangen. Eine gegen den Legatar selbst unter den Voraussetzungen des § 435 gerichtete Klage ist wegen mangelnder Passivlegitimation abzuweisen.[13])

Für den Fall endlich, dass gar keine Testamentserben vorhanden, sondern die Erbschaft lediglich an Legatare vertheilt sein sollte, will Schultzenstein[14]) die Klage des Pflichttheilsberechtigten gegen diese Legatare zulassen und zwar mit der Begründung, dass gewöhnlich der Pflichttheilsberechtigte selbst als Intestaterbe eintreten werde und also — das meint offenbar Schultzenstein damit — nicht gegen sich selbst

---

[12]) Bezüglich des zweiten von Dernburg S. 607 erhobenen Einwandes, es müsse dem Testator, der einen Notherben zum Legatar machen könne, freistehen, ihn auch direkt zwecks Geltendmachung seines Anspruches an den Legatar zu verweisen, ist das von Schultzenstein S. 267, 268 Gesagte zu vergleichen. cfr. unten § 27, 28.

[13]) Im Ergebniss übereinstimmend: Zitelmann S. 373. Schultzenstein S. 170. Temme S. 222. Hinschius in Kochs Kommentar III. S. 402. Anm. 98.

[14]) S. 171 u. 130. Vrgl. Hinschius bei Koch Kommentar III. S. 399.

klagen könne. Demgegenüber ist zu beachten, dass es hier regelmässig einer Klage überhaupt nicht bedarf, sondern dass der ab intestato eintretende Pflichttheilsberechtigte, der dann wie jeder Erbe die Vermächtnisse gleich allen übrigen Nachlassverbindlichkeiten zu erfüllen hat, einfach diese um den zur Deckung seines Pflichttheils erforderlichen Betrag kürzt ev. die Klage der Legatare auf Totalleistung durch seine Pflichttheilseinrede abschneidet.[15])

2. Abschnitt:
Nach dem Recht des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 24.

Das österreichische Gesetzbuch zeigt in der Behandlung des Pflichttheilsrechtes überhaupt, wie der Beitragspflicht der Legatare zur Pflichttheilslast gegenüber dem A. L. R. nur unwesentliche Abweichungen.

1. Wie das A. L. R., so gewährt auch das österreichische Gesetzbuch dem Pflichttheilsberechtigten lediglich einen obligatorischen Anspruch auf einen dem Pflichttheil entsprechenden Betrag, sei es die Forderung des vollen Pflichttheils oder einer Ergänzung.[1])

2. Diesem Charakter des Pflichttheilsrechtes entsprechend kann die Pflichttheilsforderungsklage nur gegen den Erben gerichtet werden. Die Legatare sind ihr gegenüber passiv nicht legitimirt.[2])

[15]) Vrgl. Dernburg S. 607. Derselbe Gedanke findet sich im Theilentwurf z. B. G. B. S. 699. Dagegen führt die Auffassung Schultzensteins zu Weitläufigkeiten.

Sollte der Pflichttheilsberechtigte die ihm ab intestato angetragene Erbschaft ausschlagen, so hat er sich wegen seines Pflichttheils an andere noch vorhandene Intestaterben zu halten ev. in Ermangelung dieser an den in letzter Reihe antretenden Fiskus, (A. L. R.: II. 16 § 16, 17.) der im übrigen gemäss II. 16, § 25, 26. alle Rechte und Pflichten eines Erben hat, daher auch für die Vermächtnisse haftet.

[1]) § 775 auch § 781.

[2]) Vrgl. Unger l. c. S. 359.

3. Möglich ist auch nach österreichischem Recht die Zuwendung des Pflichttheils durch Vermächtniss,[3]) das der Berechtigte sich auf den Pflichttheil anrechnen lassen muss.[4]) Jedoch ist alsdann der Pflichttheil frei von allen Belastungen zu hinterlassen. Etwaige Beschwerungen und Belastungen gelten als nicht geschrieben, soweit sie den Pflichttheil beeinträchtigen.[5])

4. Die Beitragspflicht der Vermächtnissnehmer zur Pflichttheilslast ist abweichend vom A. L. R. dahin geregelt, dass die Legatare prinzipaliter haften, ohne Rücksicht darauf, ob der Nachlass erschöpft ist oder nicht.[6]) Dies ergiebt einmal die Fassung des § 783: „In allen Fällen . . müssen sowohl die eingesetzten Erben als auch die Legatare verhältnissmässig . . beitragen." Es sind hier die Legatare den Erben durchaus koordiniert. Ferner aber fehlt im österreichischen Gesetzbuch eine dem § 334 I 12 A. L. R. analoge Bestimmung, die etwa auf das Gegentheil einen Schluss gestatten würde. Unger[7]) will ausserdem noch auf das Vorbild des A. L. R. II 2 § 434 hinweisen, was nach dem oben Gesagten unzulässig erscheinen muss. Im übrigen sieht auch er den Grund dieser gesetzlichen Bestimmung in dem muthmasslichen Willen des Erblassers.

5. Der Fall, wo der entzogene Pflichttheil ausdrücklich zu Gunsten eines Dritten verwandt wurde (II 2 § 435 A. L. R.) ist im österr. Gsb. nicht hervorgehoben. Immerhin wird man mit Unger[8]) annehmen dürfen, dass hier die alleinige Beitragspflicht des Begünstigten dem Sinne des Gesetzes entspricht. Erst an letzter Stelle unterliegt der Kürzung das Alimentenlegat.[9])

---

[3]) Unger S. 347 flg.
[4]) § 774 S. 1 auch § 787.
[5]) § 774 S. 2 und 3. Unger S. 360 Anm. 1.
[6]) Unger S. 359 und 361 Anm. 4.
[7]) Unger S. 361 Anm. 4.
[8]) S. 361. 362.
[9]) § 691.

6. Was endlich die Geltendmachung dieses Kürzungsrechtes durch den Erben anlangt, so gewährt § 692 dem Erben die Möglichkeit, die Vermächtnisse nur gegen Sicherheitsleistung den Legataren auszuantworten,[10]) für den Fall aber, dass die Legatare bereits die Vermächtnisse in den Händen haben, steht dem Erben nach § 693 ein Rückforderungsrecht zu. Doch bleibt es dem Legatar unbenommen, das ganze Vermächtniss zur Vermeidung der Beitragspflicht in die Masse zurückzuwerfen.

3. Abschnitt:

Nach französischem Recht und den verwandten Rechten.

§ 25.[1])

1. Wenn auch das französische Vorbehaltsrecht als Pflichttheilsrecht im strengen Sinne nicht gefasst werden kann,[2]) vielmehr sich als ein gesetzliches Erbrecht gewisser Personen darstellt, so soll doch hier kurz auf die einschlägigen Bestimmungen hingewiesen werden, einmal weil schliesslich auch dem französischen Vorbehaltsrecht der Gedanke zu Grunde liegt, dass ein Theil des Vermögens den nächsten Angehörigen zu hinterlassen ist, sodann aber weil für den Fall der Verletzung dieser sog. portion de biens disponible eine ähnliche Kürzung der Legate vorgeschrieben ist, wie wir sie in den vorstehend besprochenen Rechtssystemen fanden.

Im einzelnen ist zu bemerken:

Art. 913[3]) code civil nimmt dem Erblasser die Verfügungs-

[10]) Unger S. 284, 285.

[1]) Vrgl. zum folg.: Zachariae von Lingenthal: Handbuch des französ. Civilrechts B. IV. S. 305 flg.

[2]) Zachariae S. 305, 306, 307.

[3]) Art. 913 c. c. Les liberalités, soit par acte entre-vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant . . . le tiers . . . le quart . . .

Ausnahme im Fall des Art. 916 beim Mangel von Ascendenten und Descendenten . . . les liberalités . . . pourront épuiser la totalité des biens.

Vrgl. Badisches Gesetzbuch Art. 913.

macht über einen bestimmten Theil seines Vermögens und gestattet ihm nur über den Rest — die von Art. 919 sog.: quotité disponible — unter Lebenden und von Todeswegen zu verfügen. Alle die Quote übersteigenden oder beschwerenden Bestimmungen — also insbes. die Vermächtnisse — werden mit dem Erbfall soweit reduziert, dass die disponible Quote wieder frei wird.[4]) Jedoch fallen diese Beschwerungen nicht ipso iure, der Vorbehaltserbe muss vielmehr erst zur action en réduction greifen, mit welcher Klage er eine verhältnissmässige Kürzung der Legate herbeiführt.[5]) Um zu untersuchen, ob der Freitheil verletzt ist oder nicht, d. h. also um seine ev. Grösse zu berechnen, wird das gesammte Vermögen zu dem Werthe in Ansatz gebracht, den es beim Tode des Erblassers hatte, abzüglich aller Schulden, jedoch einschliesslich des Werthes der Schenkungen und der Vermächtnisse.[6]) Nach diesem Werthe und der Anzahl der Vorbehaltserben bestimmt sich die Quote.[7]) Reicht die vorhandene Masse zur Begleichung des Vorbehalts aus, so bleibt es bei den testamentarischen Verfügungen. Anderenfalls werden zunächst die Vermächtnisse nach Art. 923 gekürzt[8]) unter Umständen vollständig, wenn nämlich schon die Schenkungen die disponible Quote erschöpfen.[9])

Wird aber die Quote erst von den Vermächtnissen über-

---

[4]) Art. 920: Les dispositions, soit entre-vifs, soit à cause de mort qui excéderont la quotité disponible seront réductibles à cette quotité lors de l'ouverture de la succession. Bad. Gsb. Art. 920.

[5]) Ueber den Charakter dieser Klage und ihren Unterschied von der suppletoria: Zachariae S. 320. Anm. 1.

[6]) Zachariae S. 320—327.

[7]) Art. 922.

[8]) Art. 923: il n'y aura jamais lieu à réduire les donations entre-vifs, qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires.

[9]) Art. 925: lorsque la valeur des donations entre-vifs excédera ou égalera la quotité disponible, toutes les dispositions testamentaires seront caduques. Bad. Gsb. Art. 925.

schritten, und also der Vorbehalt erst durch sie beeinträchtigt, so tritt nach Art. 926 eine verhältnissmässige Kürzung der Legate ein.[10]) Doch ist es dem Erblasser gestattet, die Last anders zu vertheilen, indem er nach Art. 927 die vorzugsweise Erfüllung eines Vermächtnisses anordnet, dass nur äussersten Falls gekürzt werden darf, sofern der Vorbehalt durch die anderen Vermächtnisse nicht gedeckt wird.[11])

II. Die Bestimmungen des italienischen Civilgesetzbuches erweisen sich im Ganzen als Wiederholung des code civil. Demgemäss charakterisiert sich auch nach italienischem Recht der Pflichttheil als Vorbehalt und also als Erbtheil.[12]) Nach Art. 821 werden die den verfügbaren Theil überschreitenden Anordnungen insoweit eingeschränkt, dass der Vorbehalt unbelastet bleibt.

Entsprechend werden bei Berechnung des verfügbaren Theils vom Nachlass vorerst die Schulden abgezogen, dagegen die Vorgabungen unter Lebenden und von Todeswegen zur Masse geschlagen.[13]) Sodann werden alle Vermächtnisse gestrichen, sofern die Schenkungen allein die disponible Quote erschöpfen.[14]) Soweit aber erst die testamentarischen Anordnungen den Vorbehalt verletzen, werden sie verhältnissmässig gekürzt ohne jeden Unterschied zwischen Erben

[10]) Art. 926: lorsque les dispositions testamentaires excéderont soit la quotité disponible soit la portion de cette quotité qui resterait après avoir déduit la valeur des donations entre-vifs, la réduction sera fait au marc le franc (verhältnissmässig) sans aucune distinction entre les legs universels et les legs particuliers. Bad. Gsc. Art. 926.

[11]) Art. 927: Néanmoins dans tous les cas où le testateur aura expressément declaré qu'il entend que tel legs soit acquitté de préférence aux autres, cette préférenee aura lieu et le legs qui en sera l'objet, ne sera réduit qu'autant que la valeur des autres ne remplirerait par la réserve légale. Bad. Gsb.: Art. 927.

[12]) Ital. Civ. Gsb. Art. 808.

[13]) Art. 822.

[14]) Art. 823.

und Legataren.[15]) (Also prinzipale Beitragspflicht.) Indessen ist in Art. 825 Anordnung eines Vorzugsvermächtnisses gestattet.[16])

4. Abschnitt:

Nach dem Recht des bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen.

§ 26.

Abweichend von der Mehrzahl der Partikularrechte hat das B. G. B. für Sachsen dem Pflichttheilsberechtigten die Stellung eines Erben eingeräumt.[1]) Gleichwohl hat es die Möglichkeit vorgesehen, den Pflichttheil durch jede letzwillige Verfügung, also auch durch Vermächtniss zu hinterlassen.[2]) Andererseits wird dem Erblasser die Pflicht auferlegt, den Pflichttheil ohne beschränkende Nebenverfügungen zu hinterlassen.[3]) Sofern daher der Berechtigte auf den Pflichttheil gesetzt würde, gelten etwaige Belastungen als nicht geschrieben.[4])

Indessen hat Verletzung des Pflichttheils auch nach sächsischem Recht nie Vernichtung des ganzen Testamentes zur Folge. § 2600 gewährt in jedem Falle völliger oder theilweiser Verletzung nur ein Anfechtungsrecht, insoweit der Pflichttheil verletzt ist. Die Klage bei totaler Verletzung hat ebenso wie die Ergänzungsklage aus § 2589 den Charakter einer Erbschaftsklage. Diese kann gemäss § 2292 auch gegen den erhoben werden, „welcher ohne Behauptung irgend eines Rechtes einen einzelnen zur Erbschaft gehörigen Gegenstand vorenthält.“ Als ein solcher possessor pro possessore

---

15) Art. 824: la riduzione si fa proportionalmente senza alcuna distinzione fra gli eredi ed i legatari.

16) Ueber ein Immobiliar-Vermächtniss vrgl. Art. 826.

1) § 2589 und 2564.

2) § 2583. Anrechnungspflicht § 2590.

3) § 2584.

4) § 2585.

muss aber dem Notherben gegenüber auch der Vermächtnissnehmer zu betrachten sein: so dass die Pflichttheils- (Erbschafts-) Klage auch gegen einen Vermächtnissnehmer erhoben werden kann.[5]) Im übrigen fehlt es an einer Bestimmung, wie sich gegebenen Falls die Pflichttheilslast vertheilt. Sie wird von dem zu tragen sein, gegen den sich der Einzelangriff des Notherben richtet. Klagt er gegen die Erben, so dürfen sie nach § 2443 die Vermächtnisse um den zur Befriedigung des Pflichttheilsberechtigten erforderlichen Betrag kürzen.[6]) Erst an letzter Stelle unterliegt einer solchen Kürzung ein Vorzugsvermächtniss aus § 2445.

[5]) Vrgl. Siebenhaar: Kom. S. 448 ad § 2600.

[6]) Vrgl. Siebenhaar: S. 393 ad § 2443, ferner S. 448.

Zweiter Theil.

Stellung der Vermächtnissnehmer zum Pflichttheilsrecht nach dem B. G. B.

A. Allgemeines.

§ 27.

I. Charakteristik des Pflichttheilrechts. Passivlegitimation gegenüber der Pflichttheilsklage.

I. Dem Streben nach Vereinfachung des Gesetzes ist es zu verdanken, dass das B. G. B. im Anschluss an das österreichische und preussische Recht, unter Ablehnung sowohl eines formellen Notherbenrechts als der komplizierten gemischten Systeme das Pflichttheilsrecht zu einem blossen Forderungsrecht reduziert hat.[1]) Anzuerkennen ist in dieser Beziehung besonders gegenüber dem A. L. R., dass das B. G. B. diesen Charakter des Pflichttheilsrechtes als eines Forderungsrechtes unzweideutig zum Ausdruck gebracht hat.[2])

II. Auch darin liegt eine dankenswerthe Verbesserung, dass das B. G. B. ausdrücklich den bezw. die Erben als diejenigen bezeichnet, gegen die die Pflichttheilsforderung

[1]) Vrgl. die eingehende und durchaus zu billigende Begründung der Motive V. S. 386/387, vor allem die Betonung der Zweckmässigkeit einer solchen Gestaltung des in Frage kommenden Rechtes. Vrgl. ferner Schiffner § 2 S. 3 ff. § 3 S. 11 flg. Endemann S. 571 Anm. 4. § 128 S. 577 flg. Böhm § 98 S. 428.

[2]) Z. B.: § 2304 B. G. B. auch 2305; ferner § 1967 Abs. 2, wo von „Verbindlichkeiten aus Pflichttheilsrechten“ die Rede ist. Weitere Belege bei Schiffner S. 12—14.

geltend gemacht werden soll.[3]) Mit dieser Formulierung hat das B. G. B. die aus der Natur des Pflichttheilrechtes als eines den Nachlass belastenden Forderungsrechtes sich ergebende richtige Folgerung gezogen.

III. Dass die Pflichttheilsklage gegen den Erben zu richten ist, muss auch in dem Falle gelten, da der Testator den entzogenen Pflichttheil ausdrücklich einem Vermächtnissnehmer zugewandt hat.[4]) Die Motive[5]) lehnen die Auffassung ab, als stünde dem Pflichttheilsberechtigten auch ein unmittelbarer Anspruch gegen anderweitig im Testament Bedachte, insbesondere gegen die Vermächtnissnehmer zu, und entziehen dem Erblasser das Recht, den Pflichttheilsberechtigten an andere Personen als den Erben zu verweisen.[6])[7])

Dies wird selbst beim Mangel jeglicher Testamentserben anzunehmen sein, wenn der Nachlass nur an Vermächtnissnehmer vertheilt wurde. Hier wird der Pflichttheilsberechtigte entweder als gesetzlicher Erbe eintreten: alsdann bedarf es einer Pflichttheilsklage nicht; oder aber er wird sich unter Ausschlagung der Erbschaft an etwaige weitere Gesetzeserben halten, ev. in letzter Linie gegen den Fiskus seine Pflichttheilsforderung geltend machen.[8])

Es können also nach heutigem Recht die Vermächtnissnehmer von Pflichttheilsberechtigten nicht mehr unmittelbar in Anspruch genommen werden.

Nur in einem Falle[9]) muss eine Ausnahme für zu-

[3]) § 2303, 2305 B. G. B. Vergl. indessen § 2329. Dazu Endemann S. 580 Nr. 4 u. Anm. 17.

[4]) Also der Fall des § 435 II 2 A. L. R.

[5]) Motive V. S. 420 ad § 1993. Auch Theilentwurf V. S. 698. Schiffner S. 58 Anm. 5.

[6]) Dagegen Mommsen Entwurf § 500 Abs. 1: . . . während der ausgeschlossene Pflichttheilsberechtigte, wenn der Betrag Vermächtnissnehmern zugewendet ist, . . . von diesen die Auszahlung des Betrages des Pflichttheils zu fordern hat."

[7]) Hierin ist somit das B. G. B. auch nicht der von der Praxis vertretenen Interpretation des A. L. R gefolgt.

[8]) Vrgl. dazu Theilentwurf S. 699.

[9]) Vrgl. Scherer Kommentar S. 425 (Band V).

lässig erachtet werden, die aber weniger auf dem Willen des Erblassers beruht, als vielmehr in der Natur der Sache ihren Grund hat: Wenn nämlich der Erblasser einen Vermächtnissnehmer mit einem Untervermächtniss zu Gunsten eines Pflichttheilsberechtigten beschwert, so wird der Pflichttheilsberechtigte, sofern er nicht nach § 2307 B. G. B. ausschlägt, sich an den beschwerten Vermächtnissnehmer halten müssen. Doch folgt diese Entscheidung lediglich aus der Möglichkeit der Hinterlassung des Pflichttheils durch Vermächtniss, in welchem Falle der Pflichttheilsberechtigte prinzipiell die Stellung eines Legatars erhält, er also auch nicht die Pflichttheilsklage, sondern die actio legati zu erheben hat.

§ 28.

II. Allgemeines Prinzip der Haftung der Vermächtnissnehmer für den Pflichttheil.

Normale Folge der Verletzung des Pflichttheilrechtes ist also nach heutigem Recht die, dass dem Verletzten ein obligatorischer Anspruch auf seinen Pflichttheil eingeräumt wird. Die sonstigen letztwilligen Verfügungen bleiben prinzipiell in Kraft [1]). Immerhin äussert das Pflichttheilsrecht noch anderweitig gewisse Wirkungen: Inbetracht kommen abgesehen von den singulären Bestimmungen der §§ 2306 und 2079 [2]) hier nur die Beschränkungen, denen zufolge einer Pflichttheilsverletzung die Vermächtnissnehmer [3]) unterliegen.

Allerdings bestimmt das B. G. B., dass die Pflichttheilsschuld vom Erben zu berichtigen ist [4]). Jedoch wird in

[1]) Ueber die prinzipwidrige Ausnahme im Fall des § 2306 (Fortfall gewisser Verfügungen) vergl. unten § 31. Ueber die Anfechtung des Testaments bei irrthümlicher Umgehung eines Notherben ist im § 36 gehandelt. vergl. § 2079 B. G. B.

[2]) Vrgl. Anm. 1.

[3]) Ihnen gleichgestellt sind die Auflageinteressenten § 2318 Abs. 1 B. G. B.

[4]) §§ 2303. 2305 B. G. B.

Uebereinstimmung mit dem bisherigen Recht dem Erben die Befugniss eingeräumt, die Vermächtnissnehmer zur Tragung der Pflichttheilslast“ [5]) d. h. desjenigen, was aus dem Nachlass zur Deckung des Pflichttheils in bestimmter Weise zu gewähren ist, heranzuziehen. [6])

In dieser Hinsicht gehen sogar die Bestimmungen des B. G. B. noch über die des A. L. R. hinaus, indem das B. G. B. im Gegensatz zu der im A. L. R. ausgesprochenen subsidiären Beitragspflicht die Vermächtnissnehmer schlechthin — ohne Rücksicht darauf, ob der Nachlass ausreicht oder nicht — zu den Lasten des Pflichttheils einen entsprechenden Beitrag zu leisten verpflichtet. Es mögen bei dieser Statuierung hauptsächlich die von Mommsen [7]) geltend gemachten Gründe der Billigkeit einer solchen prinzipalen Haftung und die Rücksicht auf den muthmasslichen Willen des Erblassers ausschlaggebend gewesen sein. [8])

Können wir somit sagen, dass nach heutigem Recht die hauptsächlichste Wirkung des verletzten Pflichttheilsrechtes hinsichtlich der Vermächtnisse in einer vom Erben

---

[5]) Vrgl. über diesen Ausdruck Schiffner S. 57. Anm. 1.

[6]) Vrgl. vorläufig § 2318 B. G. B. Indessen ist wohl zu beachten, dass auch diese Vorschriften sich lediglich auf das Verhältniss zwischen Erben und Vermächtnissnehmern beziehen. Dem Pflichttheilsberechtigten ist stets einzig und allein der Erbe verhaftet. Endemann S. 601. Anm. 2. Frommhold ad § 2318 Anm. 2 u. 4

[7]) Vrgl. Mommsen Entwurf S. 480 unter Berufung auf das A. L. R. und das österreichische Gesetzbuch.

[8]) Vrgl. ferner Theilentwurf S. 689.

Dagegen tritt Schultzenstein S. 212 für Haftung der Legatare nur bei unzureichendem Nachlass ein. Die Vorschläge Schultzensteins hätten wohl grössere Beachtung bei Abfassung des Gesetzes verdient. Nicht mit Unrecht wird von ihm darauf hingewiesen, dass Aufhebung dessen, was für den Erben unbillig ist (nämlich Aufhebung der alleinigen Tragung der Pflichttheilslast durch den Erben) leicht zu einer Härte gegen die Vermächtnissnehmer führt, dies um so eher, als das Gesetz im allgemeinen die Legatare günstiger stellt als die Erben. Vrgl. Schultzenstein l. c. S. 213 Die Begründung der Motive V. S. 420 ist dem Mommsen'schen Entwurf entlehnt.

vorzunehmenden Kürzung derselben besteht, so bleibt uns nur noch übrig zu zeigen, wie sich näherhin die Pflichttheilslast zwischen Erben und Vermächtnissnehmer vertheilt. Das B. G. B. hat eine eingehende Normierung geschaffen, die freilich auch in ihrer jetzigen Gestalt weder von dem Vorwurf der Undurchsichtigkeit[9]) freigesprochen werden kann, noch Anspruch auf Vollständigkeit erheben darf.

B. Spezielles.

I. Vertheilung der Pflichttheilslast.

§ 29.

1. Beitragspflicht „fremder“[1]) Vermächtnissnehmer.[2])

Im einzelnen gestaltet sich das Verhältniss zwischen Erben und Vermächtnissnehmern gegenüber der Pflichttheilslast verschieden, je nachdem:

[9]) Vrgl. Gierke S. 541. Auch Endemann S. 602 Anm. 7.

[1]) Im folgenden wird der Kürze halber der Ausdruck „Fremderbe“, „Fremdvermächtnissnehmer“ im Gegensatz zu „Pflichttheilsberechtigter Erbe“ bez. Vermächtnissnehmer gebraucht.

[2]) In den Rahmen der folgenden Untersuchung sind nur auf letztwilliger Anordnung beruhende Vermächtnisse gezogen, also nicht die sog. gesetzlichen Vermächtnisse, welcher Ausdruck überhaupt besser zu vermeiden wäre. [Endemann S. 578 Anm. 8 a. E.] Insbesondere wird daher nicht auf die Besonderheiten des „Voraus“ eingegangen. § 2311 Abs. 1 Satz 2 im Verhältniss zum Pflichttheilsrecht der Eltern. Es sei nur darauf hingewiesen, dass der Erbe wegen der aus dem Pflichttheil der Eltern entspringenden Pflichttheilslast diesen Voraus nicht auf Grund des § 2318 kürzen darf. Vrgl. dazu Planck ad § 2318 Nr. 2, ad § 2311 Nr. 2 d. Schiffner S. 59 Anm. 10.

Die Ausscheidung der eben erwähnten sog. gesetzlichen Vermächtnisse aus der folg. Darstellung rechtfertigt sich zudem aus der Fassung des § 2318, wo von einem dem Erben a u f e r l e g t e n (scil: durch letztwillige Verfügung) Vermächtniss die Rede ist. Vrgl. Wilke Anm. 2 ad § 2318. A. M. Planck Anm. 2 ad § 2318.

1) die genannten Personen selbst pflichttheilsberechtigt sind oder nicht;

2) ein oder mehrere Pflichttheilsberechtigte von einem oder mehreren Erben den Pflichttheil fordern;

3) ein bezw. einige oder alle Erben mit Vermächtnissen beschwert sind.

I. Wir gehen aus von dem denkbar einfachsten Fall, wo sich ein Erbe und ein Vermächtnissnehmer gegenüberstehen und ein Pflichttheilsberechtigter seinen Pflichttheil fordert, indem wir weiterhin annehmen, dass weder der Erbe[3]) noch der Vermächtnissnehmer selbst pflichttheilsberechtigt ist.

Wie wir oben sahen, muss der Erbe dem Pflichttheilsberechtigten den seiner Pflichttheilsforderung entsprechenden Betrag leisten. Allein er (der Erbe) kann jetzt „die Erfüllung des ihm auferlegten Vermächtnisses soweit verweigern,[4]) dass die Pflichttheilslast von ihm und dem Vermächtnissnehmer verhältnissmässig getragen wird“[5]), d. h. also, er darf die Vermächtnisse entsprechend kürzen.

Um nun die auf den Erben und den Vermächtnissnehmer gemäss § 2318 Abs. 1 entfallenden Antheile zu berechnen, wird zunächst der Betrag des reinen Nachlasses abzüglich aller Verbindlichkeiten (also einschliesslich der Vermächtnisse)[6]) einerseits, die Höhe der Pflichttheilslast andererseits festzustellen sein.[7])

Die Grösse dieser Pflichttheilslast richtet sich nun zwar nach dem Pflichttheil, keineswegs aber kommt sie in allen Fällen dem Pflichttheil gleich. Dieser Umstand

---

[3]) oder was dasselbe ist, dass ein pflichttheilsberechtigter Erbe durch die Berichtigung des fremden Pflichttheiles in seinem eigenen Pflichttheil nicht verletzt wird.

[4]) Ueber die praktische Durchführung dieses Rechtes unter § 35.

[5]) § 2318 Abs. 1 B. G. B.

[6]) die ja nach § 1967 Abs. 2 gleichfalls zu den Nachlassverbindlichkeiten gehören.

[7]) Vrgl. Schiffner S. 59 und Anm. 11. Endemann S. 603 Anm. 11. Matthiass S. 522. Z. 2.

erschwert unsere Berechnung erheblich. Denn sofern die Pflichttheilslast stets gleich dem Pflichttheil d. h. also gleich der Hälfte des gesetzlichen Erbtheils wäre, könnten wir folgende einfache Rechnung aufstellen.

1) Auszugehen wäre von dem Verhältniss des Pflichttheils zum Nachlass [8]), das sich unter den angegebenen Voraussetzungen [9]) in einem einfachen Bruch darstellen lässt. Um diesen Bruchtheil wird naturgemäss infolge des zu entrichtenden Pflichttheils der gesammte Nachlass gekürzt. Da nun aber der Netto-Nachlass in einer Summe von Netto-Erbtheilen und Vermächtnissen besteht, so erhält man den Betrag der Pflichttheilslast, wenn man um denselben Bruchtheil, um den der Nachlass durch die Pflichttheilslast würde gekürzt werden, von vornherein der Reihe nach die einzelnen Erbtheile und Vermächtnisse kürzt und die einzelnen Kürzungen addiert. Es erübrigt sich also eine besonders vorzunehmende proportionale Vertheilung der Pflichttheilslast unter Erben und Vermächtnissnehmer. Den Vorzug dieser Methode dürfte das in der Anmerkung [10]) gegebene Beispiel beleuchten.

---

[8]) Andeutungen dieser Berechnung scheinen sich bei Kipp-Windscheid S. 403/404 sub IV. 2 zu finden.

[9]) Dass der oder die Berechtigten stets ihren Pflichttheil gleich der Hälfte des gesetzlichen Erbtheils fordern.

[10]) Nachlass 6000. Eingesetzt ein Fremderbe, ferner sind an Vermächtnissen zu zahlen insgesammt 2500, nämlich je: 300, 500, 700, 1000. Es machen 3 Notherben ihren Pflichttheil geltend und zwar fordert jeder $^1/_2$ ab intestato d. h. also $^1/_2$ von $^1/_3 = ^1/_6$, insgesammt nehmen sie daher $3 \cdot ^1/_6 = ^1/_2$ vom Nachlass. Es werden also um $^1/_2$ sowohl Erbtheil wie Vermächtnisse gekürzt. Der reine Erbtheil ohne Pflichttheilslast würde nach Abzug der Vermächtnisse 3500 betragen. Er wird auf die Hälfte = 1750 herabgesetzt. Ebenso sinken die Vermächtnisse auf 150 bez. 250 bez. 350 bez. 500. Das also Ersparte: 1750+150+250+300+500=3000 ergiebt den Betrag des Pflichttheils.

Auch bei einer Mehrzahl von Erben wird die Rechnung nicht wesentlich erschwert, da das Verhältniss des Pflichttheils zum Nachlass konstant bleibt. Z. B.: 2 pflichttheilsberechtigte Testamentserben, 5 ausgeschlossene Pflichttheilsberechtigte. Der Pflichttheil beträgt $^1/_2$ von $^1/_7 = ^1/_{14}$, im Ganzen $^5/_{14}$, also ist jeder Erbtheil und jedes Vermächtniss um $^5/_{14}$ zu kürzen.

2) Indessen fällt noch Folgendes in Betracht, was die Anwendung dieser so einfachen Rechnung in vielen Fällen nicht möglich machen wird.

Zwar hatte der Gesetzgeber bei Abfassung der einschlägigen Bestimmungen eine möglichst einfache Sachlage schaffen wollen, indem er den Pflichttheil gleich dem halben Werthe des gesetzlichen Erbtheils setzte, wodurch weitläufige Rechnungen vermieden werden sollten.[11]) Aber schon hier hat er sich nachträglich selbst korrigiert durch Statuierung a) der Anrechnungspflicht aus § 2315, b) der Ausgleichungspflicht der Abkömmlinge nach § 2316 B. G. B., so dass jetzt in Wahrheit der Pflichttheil nicht immer gleich der Hälfte der Instetatportion ist. Vielmehr kann es hier nur allzu leicht vorkommen, dass der Pflichttheilsberechtigte entweder garnichts[12]) oder doch erheblich weniger,[13]) bald auch mehr als die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils[14]) zu fordern hat. Aehnlich verhält es sich in den Fällen einer nur theilweisen Pflichttheilsverletzung, wo der Erbe eine mehr oder weniger hohe Ergänzung seines Pflichttheils fordert (§ 2305 und 2306), ebenso wenn er sich ein Vermächtniss auf den Pflichttheil anrechnen lässt (§ 2307). In all diesen Fällen wird die Pflichttheilslastsumme schwerlich in ein einigermassen leicht zu ermittelndes und einfaches Verhältniss zum Nachlass zu bringen sein, so dass die Anwendung der eben entwickelten Methode entfällt.

Deshalb bleibt nichts übrig, als auf die bisher in der Litteratur übliche Berechnungsweise zurückzugreifen.

Darnach ist von dem Verhältniss des Vermächtnisses zum reinen Nachlass, d. h. abzüglich der Vermächtnisse auszugehen und in demselben Verhältniss die Pflichttheils-

---

[11]) Vrgl. über die Höhe und Berechnung des Pflichttheils insb. Matthiass II § 158 S. 503 flg. § 159 S. 508 flg. Strohal S. 234. Böhm S. 429 Anm. 2.

[12]) So dass also auch die uns interessierenden Bestimmungen über die Pflichttheilslast garnicht zur Anwendung kommen.

[13]) § 2315 mit Rücksicht auf anrechnungspflichtige Zuwendungen.

[14]) § 2316 infolge Bildung eines fiktiven grösseren Nachlasses.

lastsumme zwischen Erben und Vermächtnissnehmer zu theilen.[15])

Bezeichnen wir den Nachlass mit n, das Vermächtniss mit v, die Pflichttheilslast mit l und den Betrag, den der Vermächtnissnehmer zur Pflichttheilslast zu entrichten hat, mit x, so dass also der Erbe l—x zur Pflichttheilslast beizutragen hat, so können wir folgende Proportion aufstellen: (n—v) : v = (l—x) : x oder was dasselbe ist:

$$n : v = l : x$$

$$x = \frac{v \cdot l}{n}$$

Setzen wir in diese Formel die entsprechenden Werthe ein, so ergiebt sich der Betrag, um den der Erbe das Vermächtniss nach § 2318 Abs. 1 kürzt.[16])

Die Differenz zwischen der Pflichttheilslast und diesem Betrage ergiebt sodann den vom Erben zu leistenden Antheil.

Zur Erläuterung die folgenden Beispiele, die willkürlich, ohne Rücksicht auf das Verhältniss des Pflichttheils zum Nachlass gewählt wurden, aus denen zugleich erhellt, wann im Einzelfall die eine oder die andere Methode rascher zum Ziele führt:

I) Nachlass 60000. Sohn A Erbe, beschwert mit einem Vermächtniss von 20000. Sohn B enterbt, jedoch 20000 nicht anrechnungspflichtigen Vorempfang.

Nach § 2316 Abs. 1 berechnet sich mit Rücksicht auf die unter Abkömmlingen bestehende Ausgleichungspflicht der Pflichttheil wie folgt:

1) Für A (60000 + 20000) : 2 = 40000 gesetzlicher Erbtheil, also 20000 Pflichttheil.

2) Für B (60000 + 20000) : 2 = 40000 — 20000 = 20000 als gesetzlicher Erbtheil, also 10000 Pflichttheil. Demnach Höhe der Pflichttheilslast: 10000.

[15]) Vrgl. dazu: Fischer-Henle Anm. 1 ad § 2318, Wilke Anm. 1 ad § 2318, Frommhold Anm. 1 ad § 2318, Endemann S. 603, Anm. 11, Strohal S. 241 § 54. I., Böhm S. 458 sub a., Kipp. l. c. S. 404. Kuhlenbeck S. 377 sub a. und Anm. 1, Planck Anm. 1 ad § 2318.

[16]) Vrgl. zur Formel: Frommhold Anm. 1 ad § 2318.

Zufällig lässt sich auch dieser modificierte Pflichttheil in das leicht zu ermittelnde Verhältniss von 1 : 6 zum Nachlass bringen. Also können wir auch hier die erste Methode anwenden und dementsprechend sofort den 60000 — 20000 (Vermächtniss) = 40000 hohen Erbtheil und das Vermächtniss von 20000 um je $^1/_6$ kürzen, um durch Addition der Kürzungen die Pflichttheilssumme wie folgt zu erhalten:

$^1/_6$ von 40000 = 6666,67
$^1/_6$ von 20000 = 3333,33
10000,00

Es erhalten also:

A 40000 — 6666,67 = 33333,33
B den Pflichttheil = 10000,00
C 20000 — 3333,33 = 16666,67
Summa 60000,00

Nach der zweiten Berechnungsart ermitteln wir den Antheil des Vermächtnissnehmers dahin:

$$x = \frac{v \cdot l}{n} = \frac{20000 \cdot 10000}{60000} = {}^1/_3 \text{ von } 10000 = 3333{,}33.$$

Ziehen wir diese Summe von der Gesammtpflichttheilslast ab, so ergiebt sich für den Erben ein Antheil von 6666,67.

II. Beispiel sonst wie oben, nur Sohn B 5000 nicht anrechnungspflichtigen Vorempfang. Der Pflichttheil berechnet sich nach § 2316 wie folgt:

1) Für A: (60000 + 5000) : 2 = 32500 als Werth des gesetzlichen Erbtheils, also Pflichttheil: 16250.

2) Für B: (60000 + 5000) : 2 = 32500 — 5000 = 27500 als Werth des gesetzlichen Erbtheils, also 13750 als Pflichttheil. Hier wäre es offenbar zu umständlich, das Verhältniss 60000 : 13750 auszurechnen und dementsprechend Vermächtniss und Erbtheil zu kürzen. Unter Anwendung der Formel zu 2 berechnen wir den Antheil des Vermächtnissnehmers dahin:

$$x = \frac{v \cdot l}{n} = \frac{20000 \cdot 13750}{60000} = {}^1/_3 \text{ von } 13750 = 4583{,}34,$$

so dass also auf den Erben $13750 - 4583{,}34 = 9166{,}66$ entfällt und definitiv erhält:

A	$40000 - 9166{,}66$	$= 30833{,}34$
B	Pflichttheil	$= 13750{,}00$
C	$20000 - 4583{,}34$	$= 15416{,}66$
	Summe	$60000{,}00$

III. Beispiel wie oben, nur Sohn B 5000 anrechnungspflichtigen Vorempfang. Es ändert sich also nach § 2316 Abs. 4 der Pflichttheil des B dahin: $(60000 + 5000) : 2 - 32500 - 5000 = 27500 : 2 = 13750 - {}^1/_2$ von 5000 Zuwendung $= 11250$ Vertheilung der Pflichttheilslast:

$$x = \frac{v \cdot l}{n} = \frac{20000}{60000} \cdot 11250 = {}^1/_3 \text{ von } 11250 = 3750 \text{ als}$$

Abzug vom Vermächtniss

$11250 - 3750 = 7500$ als Abzug vom Erbtheil.

Also erhalten	A: $40000 - 7500$	$= 32500$
	B: Pflichttheil	$= 11250$
	C: $20000 - 3750$	$= 16250$
	Summe	60000

II. Nachdem versucht worden ist, am Normalfall das Prinzip klarzustellen, werden demnächst die bei einer Mehrheit von Erben bezw. Vermächtnissnehmern bezw. Pflichttheilsberechtigten sich ergebenden Modifikationen zu betrachten sein. In dieser Beziehung ist folgendes zu bemerken:

a) Sind mehrere Erben vorhanden, die insgesammt mit einem Vermächtniss beschwert sind, und macht nun ein Pflichttheilsberechtigter seinen Anspruch geltend, so haften die Erben für diesen wie für jede Nachlassverbindlichkeit, d. h. im Verhältniss untereinander nach Massgabe ihrer Erbtheile.[17])

[17]) § 2046 flg. Die gesammtschuldnerische Haftung nach aussen d. h. gegenüber dem Pflichttheilsberechtigten kommt für unsere Frage nicht in Betracht. Vrgl.: Endemann S. 604. Z. 3, Strohal S. 241.243 II. Böhm S. 457 I. § 105. Kipp. l. c. S. 403 IV. 1. Kuhlenbeck S. 376. Planck ad § 2324.

Der Antheil des Vermächtnissnehmers aber bestimmt sich nach den oben entwickelten Grundsätzen. Es ist also der Berechnung zu Grunde zu legen das Verhältniss der Summe aller Erbtheile zu dem Vermächtniss. M. a. W.: Da es hier nicht interessiert, wieviel jeder Erbe seinerseits zu dem Pflichttheil beizutragen hat,[18]) so fassen wir die sämmtlichen Erbtheile zu einer Einheit zusammen und wenden dann auf die Vermächtnisskürzung § 2318 Abs. 1 an.

Z. B.: Nachlass 50000. 4 Erben beschwert mit einem Vermächtniss von 4000. Ein Pflichttheil zu berichtigen. Pflichttheilslast: $= {}^1/_2 \cdot {}^1/_5$ von 50000 = 5000. Also Antheil des Vermächtnissnehmers zur Last: $\frac{v \cdot l}{n} =$ ${}^1/_{10}$ von 4000 = 400. Die Erben insgesammt leisten daher 4600, welche Summe sie unter sich nach Verhältniss ihrer Erbquoten vertheilen.

b. Ebenso verhält es sich, wenn mehrere Vermächtnisse nach § 2318 Abs. 1 zu kürzen sind, die auf dem Gesammtnachlass ruhen.[19]) Alsdann ist zu ermitteln, der von der Summe der Vermächtnisse zu deckende Betrag des Pflichttheilsantheils. Die auf die einzelnen Vermächtnissnehmer entfallenden Antheile bestimmen sich wiederum nach der Grösse der ihnen zugewendeten Vermächtnisse.[20])

---

[18]) Dies ist vielmehr Sache der Erbenausgleichung. Die Antheile richten sich jedenfalls nach dem Verhältniss der einzelnen Erbquoten zu einander.

[19]) Vrgl. Planck Anm. 1 ad § 2318.

[20]) Ist der auf die Vermächtnisse entfallende Betrag nach den im Vorigen entwickelten Grundsätzen ermittelt, so ist bei mehreren Vermächtnissen zwecks Feststellung des Antheils jedes einzelnen Vermächtnisses zunächst der Antheil eines Vermächtnissnehmers in der Art zu suchen, dass man die entsprechende Proportion zwischen diesem Vermächtniss und der Summe der übrigen Vermächtnisse feststellt.

Z. B. Antheil sämmtlicher Vermächtnisse 4500. 3 Vermächtnisse à 5000, 9000, 7000, zusammen 21 000. Der Antheil für das 7000 hohe Vermächtniss sei x, dann gilt die Proportion: 21000 : 7000 = 4500 : x · x = 1500. Der Antheil für das 9000 hohe Vermächtniss sei y. Also lautet die Proportion: 5000 : 9000 = (4500 1500 –y) : y · y = 1928,57.

c. Sofern mehrere Pflichttheilsberechtigte übergangen wurden, sind zunächst die einzelnen Pflichttheilsansprüche zu ermitteln. Ihre Summe ergiebt die „Pflichttheilslast", die sich nach den gewöhnlichen Grundsätzen unter Erben und Vermächtnissnehmer vertheilt.

d) Sind endlich von mehreren Miterben nur einer oder einzelne mit Vermächtnissen belastet, so ist zunächst die Pflichttheilslast, die ja als Nachlassverbindlichkeit sämmtliche Erben gleichmässig unter Berücksichtigung der Höhe ihrer Erbtheile trifft, unter alle Miterben zu vertheilen.

Der Theilbetrag bedeutet nun die den einzelnen Erben treffende Pflichttheilslast. Nur wegen dieser Last (Antheilslast) kann der Erbe gemäss § 2318 das ihm auferlegte Vermächtniss kürzen. Zugleich ist der Rechnung nicht der Gesammtnachlass, sondern der Erbtheil des betreffenden Miterben zu Grunde zu legen.

Z. B.: Nachlass 60000. 3 Söhne A. B. C. zu gleichen Theilen eingesetzt, C. mit einem Vermächtniss von 2000 zu Gunsten des D. beschwert. E. fordert den Pflichttheil: $^1/_2 \cdot {}^1/_4$ von 60000 = 7500.

Die Last von 7500 ist unter A. B. C. so zu vertheilen, dass jeder 2500 trägt. Wegen dieser 2500, die auf seinem Erbtheil von 20000 lasten, kürzt C. das Vermächtniss um den Betrag von $\frac{l \cdot v}{n} = \frac{2500 \cdot 2000}{20000} = 250$.

Den Erben trifft die Last in Höhe von 2250.

Ueber den Rechtsgrund[21]) all dieser Theilungsvorschriften, vor allem über das diesen Bestimmungen zu Grunde liegende Billigkeitsprinzip wurde schon im vorigen Paragraphen, zum Theil in der Einleitung gesprochen. Nochmals an dieser Stelle sei betont, dass sich sämtliche Normen nur auf das Verhältniss des Erben zum Vermächtnissnehmer, nicht aber auch der Legatare zum Pflichttheilsberechtigten beziehen.[22])

III. Wir betrachten nunmehr die Vertheilung der

[21]) Vrgl. auch noch Endemann S. 602.

[22]) Vrgl. oben Anm. 6.

Pflichttheilslast zwischen einem pflichttheilsberechtigten Erben [23]) und einem „fremden“ Vermächtnissnehmer.[24])

Der Fall, dass der Erbe selbst pflichttheilsberechtigt ist, war im 1. Entwurf nicht besonders hervorgehoben. Darnach hätte es immerhin leicht dazu kommen können, dass einem solchen Erben infolge Hinzutritts eines weiteren Pflichttheilsberechtigten nicht einmal sein eigener Pflichttheil verblieben wäre, er infolgedessen die Erbschaft ausgeschlagen und seinerseits gleichfalls den Pflichttheil gefordert hätte.[25]) Um dies zu vermeiden, wurde in der Kommission 2. Lesung die Aufnahme einer entsprechenden Vorschrift beantragt, und demgemäss bestimmt der jetzige Absatz 3 des § 2318, dass ein pflichttheilsberechtigter Erbe die Vermächtnisse auch über das in Absatz 1 § 2318 angegebene Maassverhältniss hinaus soweit kürzen darf, „dass ihm sein eigener Pflichttheil verbleibt“. Darnach ist es ersichtlich, dass, sofern dem Erben ein Erbtheil hinterlassen wurde, der dem Werthe des Pflichttheils gleichkommt, der Rest des Nachlasses aber durch Vermächtnisse erschöpft wird, die Vermächtnissnehmer die Pflichttheilslast allein zu tragen haben.

An dieser Stelle wird am besten auch auf das Verhältniss des § 2318 Abs. 3 zu § 2306 Abs. 1 S. 2 einzugehen sein. Man[26]) hat in beiden einen Widerspruch finden zu können geglaubt. Während nämlich Abs. 3 § 2318 dem pflichttheilsberechtigten Erben gestattet, in Ansehung der Pflichttheilslast dem Vermächtnissnehmer soweit Abzüge zu machen, dass ihm der Pflichttheil verbleibt, bestimmt § 2306 Abs. 1 S. 2: „Ist der hinterlassene Erbtheil grösser (scil: als die Hälfte des gesetzlichen Erb-

[23]) dessen Erbtheil grösser als die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils ist. Denn wenn er diese Höhe nicht erreicht, fallen nach § 2306 die Vermächtnisse ipso iure aus. Vrgl. unten § 31.

[24]) Vrgl. zu flg besonders: Kipp l. c. S. 404/405. Planck Anm. 4 ad § 2318. Endemann S. 605 Anm. 22, 23. Strohal S. 242. Böhm S. 459 sub c) Frommhold Anm. 2 ad § 2318.

[25]) Vrgl. Sitzungsprotokolle 2. Lesung. Band V, Theil 2. S. 7545.

[26]) Vrgl. Strohal S. 242.

theils), so kann der Pflichttheilsberechtigte den Pflichttheil verlangen, wenn er den Erbtheil ausschlägt".

Damit ist implicite ausgedrückt: Schlägt er nicht aus, so hat er den Erbtheil mit allen Belastungen zu übernehmen, also auch die Vermächtnisse zu leisten ohne Rücksicht darauf, inwieweit sie seinen Pflichttheil beeinträchtigen.[27]) Aus dieser Fassung hat Strohal[28]) geschlossen, dass der Erbe in dem Falle, wo sich noch nachträglich ein Pflichttheilsberechtigter meldet, besser gestellt ist als ohne ein solches Eintreffen. Strohal vermeint nämlich, dass dann die Voraussetzungen des § 2318 Abs. 3 gegeben seien und also dem pflichttheilsberechtigten Erben das Kürzungsrecht allen Vermächtnissnehmern gegenüber unbeschränkt soweit zustünde, als sein Pflichttheilsrecht würde geschmälert werden. Auf die Fehlerhaftigkeit dieser Argumentation hat schon Küntzel[29]) hingewiesen und dürfte Strohals Auffassung vereinzelt dastehen.[30])

Es ist also zu bemerken, dass zwischen § 2318 Abs. 3 und § 2306 Abs. 1. S. 2 eine Beziehung etwa der Art, als sollte Abs. 3 § 2318 den § 2306 ergänzen, nicht besteht. Aehnlich wie §§ 434/435. II. 2. A. L. R. regelt § 2318 B. G. B. nur das nach aussen nicht hervortretende Verhältniss zwischen Erben und Vermächtnissnehmern für den Fall, dass ein weiterer Pflichttheilsberechtigter seinen Anspruch geltend macht. Dies soll schon die Fassung des §: „wegen der Pflichttheilslast" andeuten.[31]) Dagegen bezieht sich § 2306 auf das unabhängig davon bestehende

---

[27]) Vrgl. Anm. 2 ad § 2306 Fischer-Henle.

[28]) Strohal l. c. S. 242.

[29]) Küntzel bei Gruchot B. 41. S. 614. Uebereinstimmend jetzt: Frommhold Anm. 2 ad § 2318. Kipp l. c. S. 405. Endemann S. 605. Anm. 23. Schiffner S. 60. Plauck Anm. 4 ad § 2318. Böhm S. 459 sub c.

[30]) Dass dieses Resultat „unannehmbar" sei, giebt Strohal nunmehr (2. Auflage S. 242) selbst zu.

[31]) Vrgl. Küntzel l. c. Ferner Frommhold Anm. 2 ad § 2318; ... „regelt nur das durch die Deckung der Pflichttheilslast bestimmte Verhältniss der Erben zu den Vermächtnissnehmern."

Verhältniss eines beschwerten pflichttheilsberechtigten Erben zu seinen Vermächtnissnehmern. Während also § 2306 die Frage beantwortet: inwieweit haftet der pflichttheilsberechtigte Erbe für die seinen Pflichttheil belastenden Beschwerungen, giebt uns § 2318 Abs. 3 darüber Auskunft, in welcher Höhe der Erbe wegen einer sich erst nachträglich herausstellenden fremden Pflichttheilslast die Vermächtnisse kürzen darf. M. a. W: § 2306 zieht die Grenze zwischen dem Pflichttheilsrecht des beschwerten Erben und diesen Beschwerungen, während Abs. 3 § 2318 den Pflichttheilsberechtigten vor weiteren, infolge einer ferneren Pflichttheilslast eintretenden Kürzungen seines Pflichttheils schützt.

Es kann sich daher der nach § 2306 Antretende, auch wenn er infolge der Belastungen nicht den vollen Pflichttheil behält, keinesfalls auf § 2318 Abs. 3 berufen in der Art, dass er mit Hilfe dieses § 2318 wieder zu seinem vollen Pflichttheil käme, während er vielleicht schon ohnehin in seinem Pflichttheil beschränkt ist durch Beschwerungen, die er sich gefallen lassen muss, weil er aus § 2306 einen Erbtheil erhalten hat, der zwar beschwert, aber doch seinem nominellen Werthe nach grösser als die Hälfte der Intestatportion ist.[32]) Deshalb ist § 2318 Abs. 3 nur dahin aufzufassen: Der pflichttheilsberechtigte Erbe soll durch Hinzutritt eines weiteren Pflichttheilsberechtigten nicht schlechter gestellt sein, als es schon ohnehin nach § 2306 Abs. 1, S. 2 ist. Es kann also äussersten Falls der Erbe die Vermächtnisse bis zum gesammten Betrage der sich ergebenden Pflichttheilslast kürzen.[33]).

Z. B. Nachlass 1000. Zwei Söhne A. B. Eingesetzt A. Vermächtnisse 800. A tritt an, obwohl sein Pflichttheil 250 beträgt. Nun verlangt B seinen Pflichttheil von 250.

---

[32]) Eine solche Interpretation würde den § 2306 Abs. 1. S. 2 überhaupt überflüssig machen.

[33]) Vrgl. Planck Anm. 4 ad § 2318. Böhm S. 459. Küntzel l. c. S. 615.

Dem A verbleibt schon nach Abzug der Vermächtnisse weniger als sein Pflichttheil. Deshalb wälzt er die ganze Pflichttheilslast aus dem Pflichttheil des B auf die Vermächtnisse ab, kürzt also diese um 250. Nicht aber kann er darüber hinaus auch zur Ergänzung seines Pflichttheils die Vermächtnisse noch um weitere 50 kürzen. Dem steht § 2306 Abs. 1 S. 2 entgegen.

IVa. Das erweiterte Kürzungsrecht des Abs. 3 § 2318 steht auch mehreren pflichttheilsberechtigten Miterben in dem Falle zu, da sie sämmtlich mit einem Vermächtniss beschwert sind und nun infolge der Pflichttheilslast ihr eigener Pflichttheil verletzt wird.

Die Berechnung geschieht in der Art, dass zunächst der auf die Vermächtnissnehmer nach Abs. 1 § 2318 entfallende Antheil an der Pflichttheilslast festgestellt wird, wodurch zugleich der auf die Gesammtheit der Miterben entfallende Pflichttheilslastantheil gegeben ist. Dieser wird nun auf die einzelnen Miterben nach Maassgabe ihrer Erbtheile vertheilt. Hierbei wird es sich herausstellen, ob etwa durch diese Kürzungen der eine oder der andere Miterbe in seinem Pflichttheil verletzt wird. Soweit dies der Fall ist, greift der betreffende Miterbe zu dem erweiterten Kürzungsrecht des § 2318 Abs. 3.

Z. B.: Nachlass 24000. Eingesetzt zu Erben: Sohn A. auf $^5/_{24}$, Sohn B. auf $^6/_{24}$, Sohn C. auf $^{13}/_{24}$. Alle drei beschwert mit einem Vermächtniss von 8000. Sohn D. fordert als seinen Pflichttheil $^1/_2 \cdot {}^1/_4$ von 24000 = 3000.

1) Berechnung der Antheile an der Pflichttheilslast: Verhältniss der Last zum Nachlass: 1 : 8. Also Kürzung der Erbtheile um $^1/_8$ von 16000 = 2000; des Vermächtnisses um $^1/_8$ von 8000 = 1000.

2) Vertheilung der Vermächtnisslast unter die Erben:

a) Antheil des C.: 24000 : 13000 = 8000 : x, also: x = 4333,33. Also Werth des reinen Erbtheiles des C.: 13000 — 4333,33 = 8666,67.

Demnach bleibt eine Vermächtnissslast von 8000 — 4333,33 = 3666,67 zu vertheilen unter A. und B. wie folgt:

b) 11000 : 6000 = 3666,67 : x.*) x = 2000 als Antheil für B. Also Werth des reinen Erbtheiles des B: 6000 — 2000 = 4000.

c) Antheil des A. zur Vermächtnisslast: 3666,67 — 2000 = 1666,67. Also Werth des reinen Erbtheiles des A.: 5000 — 1666,67 = 3333,33.

3) Nach Verhältniss dieser drei Erbtheile vertheilt sich nun der Pflichttheilslastantheil von 2000 unter die Erben wie folgt:

a) Antheil des B.: Werth aller Erbtheile: 16000. Also 16000 : 4000 = 2000 : x. x = 500. Es verbleibt somit dem B. ein Erbtheil von 4000 — 500 = 3500.

b) Antheil des C.: 16000 : 8666,67 = 2000 : x. x = 1083,33. Es verbleibt somit dem C. ein Erbtheil von 8666,67 — 1083,33 = 7583,34.

c) Antheil des A.: 1500 — 1083,33 = 416,67. Da aber der Pflichttheil des A. sich auf 3000 beläuft, ihm also nur noch von dem 3333,33 hohen Erbtheil 333,33 gekürzt werden können, entfällt der Rest von 416,67 — 333,33 = 83,34 ebenfalls auf das Vermächtniss, das also nunmehr 7000 — 83,34 = 6916,66 werth ist. Demgemäss vertheilt sich der Nachlass wie folgt:

Es erhält:	A.	3000,
	B.	3500,
	C.	7583,34,
	D.	3000,
der Vermächtnissnehmer		6916,66,
In Summa		24000,00

b) Sind dagegen nur einzelne der mehreren pflichttheilsberechtigten Erben mit Vermächtnissen beschwert, so greift wiederum hinsichtlich der Betroffenen § 2318 Abs. 3 Platz, jedoch mit der Maassgabe, dass als Pflichttheilslast nicht der gesammte Betrag, sondern nur der auf den belasteten Miterben entfallende Antheil in Ansatz kommt.[34])

*) Einfacher übrigens nach der Proportion 24000:6000 = 8000:x.

[34]) Die Berechnung geschieht also im übrigen wie in den oben II d genannten Fällen.

c) Steht der Pflichttheilsberechtigte mehreren Erben gegenüber, die theils pflichttheilsberechtigt sind theils nicht, so ist zu unterscheiden:

A) Es sind alle Erben mit dem Vermächtniss beschwert.

Festzustellen ist zunächst nach allgemeinen Grundsätzen der Antheil des Vermächtnissnehmers und der Antheil der Miterben an der Pflichttheilslast. Soweit nun durch diese Kürzungen der Pflichttheil eines einzelnen Miterben angegriffen wird, wird das Vermächtniss von diesen Miterben nach § 2318 Abs. 3 gekürzt.

Die Besonderheit liegt also darin, dass infolge der möglicherweise nicht gleich grossen Pflichttheile in Verbindung mit den ebenfalls mehr oder weniger hohen Ueberschüssen über den Werth des einzelnen Pflichttheils das Vermächtniss einer der Zahl der pflichttheilsberechtigten Miterben entsprechenden Anzahl von ungleich grossen Kürzungen unterliegen wird.

Z. B.: Nachlass 20000. Eingesetzt Sohn A auf $^{8}/_{20}$, Fremderbe B auf $^{12}/_{20}$. Beide beschwert mit einem Vermächtniss von 9000 zu Gunsten des C. Sohn D fordert den Pflichttheil $^{1}/_{2} \cdot {}^{1}/_{2}$ von $20000 = 5000$.

Gemäss § 2148 hat zu dem Vermächtniss zu leisten: A: 3600. B: 5400 [$8 : 12 = (9000 - x) : x$]. Gleichfalls im Verhältniss von $8 : 12 = 2 : 3$ ist zu vertheilen die Pflichttheilslast, so dass A: 2000 und B: 3000 zum Pflichttheil zu leisten hätte.

Da dem A nach Abzug des Vermächtnissantheils schon weniger als sein Pflichttheil verbleiben würde ($8000 - 3600 = 4400$ gegenüber 5000 Pflichttheilsanspruch), wälzt er nach § 2318 Abs. 3 die ganze ihn treffende Pflichttheilslast in Höhe von 2000 auf das Vermächtniss ab, so dasss sich der Vermächtnissantheil von 3600 auf 1600 reduziert.

B) dagegen vertheilt den ihn treffenden Pflichttheilslastantheil auf sich und den Vermächtnissantheil wie folgt: $(12000 - 5400) : 5400 = (3000 - x) : x$. $x = 1350$. Also: Antheil des Vermächtnissnehmers: 1350, des Erben: 3000

— 1350 = 1650. Also bleibt für den Erben 12000—5400 — 1650 = 4950. Der Vermächtnissantheil beläuft sich auf 5400—1350 = 4050. Das ganze Vermächtniss auf 1600 + 4050 = 5650. Es erhalten:

	A: 4400
	B: 4950
Vermächtniss	C: 5650
Pflichttheil	D: 5000
Summe	20000

B) Sind einzelne der Miterben beschwert, so bleibt es bei den Regeln des § 2318 Abs. 1 und 3. Ist also ein Fremderbe beschwert, so kürzt er nach Abs. 1, ist dagegen ein pflichttheilsberechtigter Erbe belastet, so kürzt er das Vermächtniss nach Abs. 3. Die Pflichttheilslast ist natürlich hier wiederum nur dem auf den belasteten Miterben entfallenden Antheil der Gesammtpflichttheilslast gleichzusetzen.

---

§ 30.

2. Beitragspflicht pflichttheilsberechtigter Vermächtnissnehmer.

I. Im Verhältniss zu einem Fremderben.

Die im gemeinen und preussischen Recht statuierte Pflicht des Notherben, sich den Werth eines ihm zugewendeten Vermächtnisses auf seinen Pflichttheil anrechnen zu lassen, ist ins B. G. B. nicht übernommen worden. Die Motive[1]) sehen darin eine unzulässige Abfindung des Pflichttheilsberechtigten und dementsprechend wird von § 2307 B. G. B. dem Pflichttheilsberechtigten das Recht eingeräumt, in jedem Falle das Vermächtniss ohne Rücksicht darauf, ob es den Werth des Pflichttheils übersteigt oder nicht, auszuschlagen und den Pflichttheil zu fordern.

Begnügt sich jedoch der Berechtigte mit dem Ver-

[1]) Motive V S. 393, 394, 399.

mächtniss[2]), so hat er im allgemeinen keine andere Rechtsstellung als ein gewöhnlicher Vermächtnissnehmer[3]). Dies gilt auch hinsichtlich seiner Verpflichtung, die Pflichttheilslast antheilsweise zu tragen.

Erst die Kommission 2. Lesung nahm in der Erwägung, dass einem solchen Vermächtnissnehmer unter Umständen infolge der Kürzungen garnichts oder doch weniger verbleiben würde, als er nach Pflichttheilsrecht beanspruchen könnte,[4]) eine besondere Bestimmung[5]) auf, die in dem Abs. 2 des § 2318 B. G. B. ihren Ausdruck gefunden hat.[6]) Darnach darf einem pflichttheilsberechtigten Vermächtnissnehmer nie mehr als ein etwaiger Ueberschuss über den Werth seines Pflichttheils von dem Vermächtniss zwecks Tilgung der fremden Pflichttheilslast entzogen werden.[7])

In dieser Bestimmung kann gleichzeitig ein Ansporn für den Pflichttheilsberechtigten gefunden werden, es bei dem Willen des Erblassers bewenden zu lassen und das Vermächtniss anzunehmen, da er ja durch Annahme eines (unbeschwerten)[8]) Vermächtnisses — vorausgesetzt, dass es im übrigen dem Werthe des Pflichttheils gleichkommt — nicht schlechter gestellt werden kann, als wenn er unter Ausschlagung des Vermächtnisses den Pflichttheil fordern würde. Insofern darf behauptet werden, dass der Abs. 2 des § 2318 das schroffe Prinzip des § 2307 einigermassen gemildert hat.

---

[2]) Hier wird nur der Fall der Zuwendung eines unbelasteten Vermächtnisses ins Auge gefasst. Ueber die auf einem solchen Vermächtniss lastenden Untervermächtnisse vergl. unten § 32.

[3]) Vrgl. Matthiass II. S. 507 Anm. 1.

[4]) so dass er also gezwungen wäre, nun seinerseits den Pflichttheil ganz oder theilweise zu fordern.

[5]) Vrgl. Antrag 3 und die Begründung S. 7545 der Sitzungsprotokolle 2. Lesung B. V Theil 2.

[6]) Vrgl. dazu: Endemann S. 603 Text und Anm. 12. Böhm S. 458 sub. b. Frommhold Anm. 3 ad § 2318.

[7]) Vrgl. Kipp l. c. S. 404.

[8]) Vrgl. die Anm. 1.

Bei Besprechung dieses Falles wird von Kipp[9]) die Frage aufgeworfen, wer denn für den infolge dieses Abs. 2 eingetretenen Ausfall haftet. Und in Ermangelung einer besonderen gesetzlichen Bestimmung wird vorgeschlagen, diesen Ausfall allein den Erben tragen zu lassen. Strohal[10]) behauptet sogar, dass dieser Ausweg dem Wortlaut des Gesetzes allein entspreche.

U. E. muss aber in einer derartigen Auslegung eine unzulässige Beschwerung des Erben erblickt werden. Sind wir einmal nach der Fassung des Gesetzes, der Begründung des Theilentwurfes, der Protokolle, der Motive, wie gezeigt, gezwungen, eine primäre Beitragspflicht der Vermächtnissnehmer zur Pflichttheilslast anzuerkennen, dann müssen wir konsequent bleiben. Es wäre nicht einzusehen, warum gerade hier die Vermächtnissnehmer günstiger gestellt sein sollten als die Erben. Zum mindesten würde eine derartige Auslegung dem in den Motiven zum Ausdruck gebrachten und diesen Bestimmungen zu Grunde liegenden Gedanken der Billigkeit einer gleichmässigen Vertheilung wenig entsprechen. Dass ferner eine auch für diesen ausfallenden Betrag eintretende antheilsweise Haftung der Legatare dem Wortlaut des Gesetzes zuwider sei, kann noch weniger behauptet werden. Es ist davon auszugehen, dass Abs. 2 § 2318 zu Abs. 1 im Verhältniss des Besonderen zum Allgemeinen steht, dass er eine Ergänzung bezw. Berichtigung des Abs. 1 darstellt, in keiner Weise aber das in Abs. 1 aufgestellte Prinzip beseitigen will. Soweit daher die Anwendung des Abs. 2 unmöglich geworden ist, gilt wieder die allgemeine Norm des Abs. 1. Deshalb ist kein Bedenken zu tragen, die Vermächtnissnehmer gleich den Erben für den Ausfall gleichmässig haften zu lassen.[11]) Insoweit daher sich nur ein Erbe und ein pflichttheilsberechtigter Vermächtnissnehmer gegenüber-

[9]) Kipp l. c. S. 404.

[10]) Strohal Anm. auf S. 242.

[11]) Uebereinstimmend Endemann S. 603, Anm. 13. Planck Anm. 3 ad § 2318.

stehen, ist der infolge des entgegenstehenden Pflichttheilsrechtes des Vermächtnissnehmers sich ergebende Ausfall allerdings vom Erben allein zu tragen.

Sind mehrere Vermächtnisse ausgesetzt, so ist der infolge des Pflichttheilsrechtes eines Vermächtnissnehmers nach Abs. 2 sich ergebende Ausfall wie eine neue Pflichttheilslast wiederum gleichmässig unter Erben und die übrigen Vermächtnissnehmer zu vertheilen.[12]) Auf diese Weise kann es allerdings vorkommen, dass derartige Reduktionen mehrfach hintereinander vorzunehmen sind, indem nämlich jedesmal ein weiterer Vermächtnissnehmer bis zur Grenze seines Pflichttheils in Anspruch genommen wird.

Zu welchen weitläufigen Rechnungen man auf diese Weise gelangt, soll das folgende Beispiel veranschaulichen:

Nachlass 60000. Eingesetzt ist der Fremderbe A. Vermächtnisse sind ausgesetzt zu Gunsten der drei Pflichttheilsberechtigten Söhne B, C, D, und zwar

für B in Höhe von 8000
für C in Höhe von 8600
für D in Höhe von 10400
Summe der Vermächtnisse 27000.

Sohn P. fordert seinen Pflichttheil $^1/_2 \cdot {}^1/_4$ von 60000 = 7500. (Eben so hoch würde sich der Pflichttheil des B, C, D belaufen.)

I. Zu der Pflichttheilslast von 7500 haben beizutragen die drei Vermächtnissnehmer: $\frac{v \cdot l}{n} = \frac{27000 \cdot 7500}{60000} = 3375$.

Auf den Erben entfällt also 7500—3375 = 4125.

Zwecks Ermittlung des Antheiles des B an der die Vermächtnissnehmer in Höhe von 3375 treffenden Pflichttheilslast stellen wir die Proportion auf:

$$27000 : 8000 = 3375 : y. \quad y = 1000.$$

[12]) Bei Planck Anm. 3 ad § 2318 geht aus der Fassung: „Der Ausfall, den der Erbe darnach erleiden würde, ist verhältnissmässig auf die übrigen Vermächtnissnehmer zu übertragen", nicht deutlich hervor, ob er die Last nur unter die Vermächtnissnehmer oder unter Vermächtnissnehmer und Erben vertheilt wissen will.

Es bleibt somit als Pflichttheilslast für C und D der Betrag von 3375—1000 = 2375. Der hiervon auf C entfallende Antheil bestimmt sich nach der Proportion: 10400 : 8600 = (2375—x) : x. x = 1075.

Also bleibt als Last für D: 2375—1075 = 1300. Mithin würde entfallen auf:

A:	60000—27000—4125	= 28875
B:	8000—1000	= 7000
C:	8600—1075	= 7525
D:	10400—1300	= 9100
P:	Pflichttheil	= 7500
	Insgesammt	60000

II. Nun aber dürfen dem pflichttheilsberechtigten Vermächtnissnehmer B nur noch 500 gekürzt werden. Der Rest von 500 bildet daher eine neue Last, die sich unter den Erben A und die Vermächtnissnehmer C und D vertheilt wie folgt:

Die beiden Vermächtnissnehmer haben zu entrichten einen Betrag, der sich nach der Proportion: 28875 (Erbtheil) : 16625 (Summe der gekürzten Vermächtnisse C und D) = (500 - x) : x auf x = 182,69 bestimmt. Also trägt der Erbe 500—182,69 = 317,31.

Der Betrag von 182,69 ist unter C und D wiederum nach Verhältniss der Vermächtnisse zu vertheilen; und zwar berechnet sich der Antheil des C nach der Proportion: 9100 : 7525 = (182,69—x) : x, so dass also auf ihn ein Betrag von x = 87,50, demnach auf D: 182,69 — 87,50 = 95,19 entfällt.

Da nun aber das auf 7525 sich belaufende Vermächtniss des in Höhe von 7500 pflichttheilsberechtigten C nur noch um 25 gekürzt werden darf, bildet der Rest: 87,50 — 25 = 62,50 eine weitere Last, die unter A und D sich also vertheilt:

III. Der nunmehrige Erbtheil des A beträgt 28875 — 317,31 (zweiter Lastantheil) = 28557,69; das Vermächtniss des D: 9100 — 95,19 = 9004,81.

Der auf D entfallende Antheil der Last von 62,50,

der sich nach der Proportion: 28557,69 : 9004,81 = (62,50 — x) : x berechnet, beträgt x = 14,95. Mithin entfällt auf A 62,50 — 14,95 = 47,55. Es behält also D: 9004,81 — 14,95 = 8989,86 und A: 28557,69 — 47,55 = 28510,14.

Also vertheilt sich der Nachlass wie folgt:

Es erhalten:	A:	28510,14
	B:	7500
	C:	7500
	D:	8989,86
	P:	7500
Insgesamt:		60000,00.

II. Im Verhältniss zu einem pflichttheilsberechtigten Erben.

Für den Fall, dass sich ein pflichttheilsberechtigter Erbe und ein pflichttheilsberechtigter Vermächtnissnehmer gegenüberstehen, fehlt es an einer besonderen gesetzlichen Bestimmung. Aus den Protokollen[13]) entnehmen wir, dass auf eine spezielle Normierung verzichtet wurde. Es findet sich nur der Hinweis, dass „im Verhältniss zwischen einem pflichttheilsberechtigten Erben und einem pflichttheilsberechtigten Vermächtnissnehmer“ [14]) das Pflichttheilsrecht des Erben vorgehen müsse.[15]) Man kann dies gelten lassen in Anbetracht des Umstandes, dass das Erbrecht im allgemeinen weitergehende Befugnisse gewährt als ein Vermächtniss, welch letzteres ja nur wie eine Nachlassverbindlichkeit behandelt wird, so dass also auch das Recht eines Pflichttheilsberechtigten, der zum Erben eingesetzt ist, stärker ist als das eines, wenngleich pflichttheilsberechtigten Vermächtnissnehmers. Praktische Folge

[13]) Protokolle a. a. O. S. 7547.

[14]) Vrgl. dazu die Anm. 2 ad § 2318 Fischer-Henle.

[15]) Die Argumentation Plancks (Anm. 4 ad § 2318): „Das Recht des Erben nach Abs. 3 besteht auch gegenüber einem pflichttheilsberechtigten Vermächtnissnehmer (Abs. 2), wie schon die Stellung der beiden Absätze erkennen lässt“, erscheint immerhin nicht genügend begründet.

dieses Umstandes wird dann sein, dass der Vermächtnissnehmer, der durch den Abzug in seinem Pflichttheil beschränkt wurde, wegen dieses Ausfalles sich seinerseits an die anderen Erben halten wird.

---

§ 31.

3) Kürzung der auf einem Pflichterbtheil im Sinne des § 2306 lastenden Vermächtnisse.

Für den Fall, dass der Pflichttheilsberechtigte zum Erben eingesetzt, jedoch sein Erbtheil beschränkt oder beschwert wurde, unterscheidet § 2306 B. G. B.

I. Sofern der hinterlassene Erbtheil die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils [1]) nicht übersteigt, sollen diese Beschränkungen und Beschwerungen als nicht angeordnet gelten. [2]) Ein auf einem solchen Erbtheil lastendes Vermächtniss gilt daher ipso iure als nicht geschrieben. [3]) Es erhellt, dass dieser § gleichfalls einen der uns interessierenden Fälle enthält. Soweit hier überhaupt von einer Pflichttheilslast die Rede sein kann, wird man sagen müssen, dass der Vermächtnissnehmer sie allein zu tragen hat. [4]) Hervorzuheben wäre noch, dass die Be-

[1]) Auch hier sind bei Berechnung des gesetzlichen Erbtheiles etwa zur Ausgleichung oder zur Anrechnung zu bringende Posten gemäss §§ 2315, 2316 zu berücksichtigen.

[2]) § 2306 Abs. 1, S. 1.

[3]) Immerhin wird man in der Erwägung, dass diese Bestimmungen lediglich im Interesse des Pflichttheilsberechtigten gegeben sind, sie nur für den Fall anwenden, dass der Berechtigte auch wirklich Erbe wird. Schlägt er dagegen aus, so werden auch diese Vermächtnisse in Wirksamkeit bleiben. Vrgl. Strohal S. 218 Anm. 6 und Planck S. 570 Z. 3.

[4]) Eingeführt wurde diese Ordnnng erst durch den Entwurf II. Folgerichtiger erscheint gleichwohl die Methode des I. Entwurfes und die Begründung der Motive V S. 393/394, woselbst eine solche „dingliche" Wirkung des Pflichttheilsrechtes als über den Zweck des Pflichttheilrechts hinausgehend bezeichnet wird insofern, als durch eine derartige Regelung nur ein oder einige bestimmt Bedachte betroffen werden, während doch die Pflicht-

schwerungen nicht vollständig, sondern nur insoweit fortfallen, als sie den Pflichttheil beschweren [5]).

Z. B.: Nachlass 20 000. Eingesetzt Sohn A zu $^3/_4$. Sohn B zu $^1/_4$ (also gerade auf soviel, als sein Pflichttheil betragen würde). Beide sind beschwert mit einem Vermächtniss von 4000. Hierzu haben sie nach Verhältniss ihrer Erbtheile beizutragen, also im Verhältniss von 5 : 15 = 1 : 3 d. h. B hätte 1000 und A 3000 zu zahlen. Gemäss § 2306 fällt aber die auf dem Erbtheil des B lastende Beschwerung fort, es hat also nur A 3000 als Vermächtniss zu leisten. Unrichtig wäre es den A das ganze Vermächtniss leisten oder das ganze Vermächtniss ausfallen zu lassen.

II a. Ist dagegen der hinterlassene Erbtheil grösser als die Hälfte der Intestatportion, so kann der Pflichttheilsberechtigte annehmen oder ausschlagen. Entscheidet er sich für das erstere, so hat er auch die Vermächtnisse zu leisten, gleichviel ob ihm dann noch der Pflichttheil verbleibt oder nicht [6]). Hier werden also die Vermächtnissnehmer von seinem Pflichttheilsrecht nicht berührt.

b. Schlägt er dagegen den beschwerten Erbtheil aus, [7]) so bleiben die Vermächtnisse gemäss § 2161 bestehen und sind von dem zu erfüllen, dem der Wegfall des Pflichttheilsberechtigten unmittelbar zu Statten kommt. Indessen äussert auch hier das Pflichttheilsrecht seine Wirkungen hinsichtlich der Vermächtnisse. Fordert

---

theilslast den Nachlass als Ganzes treffen soll. Vergleiche auch noch Planck S. 569 Nr. 1. Nicht beizustimmen ist Endemann S. 575 Anm. 22, der sich auf die „allgemeine Volksauffassung" von der Natur des Pflichttheilsrechts beruft, ohne des Näheren zu erklären, warum die Volksauffassung gerade in diesem einem Fall dem Pflichttheilsrecht dingliche Wirkung beilegt.

[5]) Vrgl. Staudinger S. 593 Anm. 8 ad § 2306. Planck S. 370. Anm. 3 ad § 2306.

[6]) Vrgl. oben § 29 II und Anm. 2 ad § 2306 Fischer-Henle. Staudinger Anm. 9 ad § 2306.

[7]) Vrgl. Schiffner S. 60 Anm. 19. Staudinger Anm. 9 ad § 2306. Planck Anm. 4 ad § 2306.

nämlich jetzt der Berechtigte seinen Pflichttheil, so hat nach § 2321 die Pflichttheilslast derjenige zu tragen, der aus der Ausschlaguug den Vortheil gezogen hat. Ist dies z. B. ein Testamentserbe, so hat er allein die Pflichttheilslast zu tragen und zwar auch im Verhältniss zu Miterben und Vermächtnissnehmern. Er darf also nicht unter Berufung auf § 2318 die Vermächtnisse kürzen.[8]) Denn hier trägt er die Pflichttheilslast nicht in seiner Eigenschaft als Erbe, sondern unter dem besonderen Gesichtspunkt des § 2322 als derjenige, der von der Ausschlagung den Vortheil hatte. Den dieser Bestimmung zu Grunde liegenden Gedanken kann man vielleicht unter Umgestaltung eines sonst in einem anderen Sinne gebrauchten Rechtssprüchwortes dahin formulieren: „Wer den guten Tropfen geniesst, geniesst auch den bösen."

Um aber einen billigen Ausgleich zu schaffen, räumt § 2322 dem also Verpflichteten das Recht ein, von dem Werthe des Erhaltenen zunächst den Pflichttheil zu begleichen. Nur der Ueberschuss ist an die Vermächtnissnehmer herauszugeben.[9]) Es soll also dem Betreffenden aus einer solchen Annahme wenigstens kein Schaden erwachsen. Freilich sind hier die Vermächtnissnehmer schlechter gestellt, als sie es wären, wenn der Pflichttheilsberechtigte den Erbtheil angenommen hätte.

---

§ 32.

4) Kürzung der Untervermächtnisse.

Wir betrachten schliesslich noch den Einfluss des Pflichttheilsrechtes auf die Untervermächtnisse. Hier ist zu unterscheiden, ob das Untervermächtniss auf einem Fremdvermächtniss oder auf einem Vermächtniss zu Gunsten eines Pflichttheilsberechtigten lastet oder ob ein solches Untervermächtniss zu Gunsten eines Pflichttheilsberechtigten angeordnet wurde.

[8]) § 2323 B. G. B. Vergl. unten § 33.

[9]) Planck Anm. 2 ad § 2322.

I. In § 29 wurde auseinandergesetzt, inwieweit ein Fremdvermächtniss zwecks Deckung der Pflichttheilslast gekürzt werden kann. Ist ein solcher Vermächtnissnehmer nun mit einem Untervermächtniss beschwert, so würde es unbillig sein, sollte er trotz der erlittenen Kürzung auch noch das vom Erblasser angeordnete Untervermächtniss in vollem Umfange leisten.

Deshalb giebt § 2188 [1]) ausgehend von dem schon mehrfach erwähnten Billigkeitsprinzip dem Obervermächtnissnehmer das Recht, in demselben Verhältniss, in dem ihm vom Erben „wegen der Pflichttheilslast" ein Abzug gemacht wurde, seinerseits das Untervermächtniss zu kürzen. Hier äussert also das Pflichttheilsrecht seine Wirkung auch auf die Vermächtnisse der ferneren Grade. Es verhält sich demnach in diesem Falle so, als wären die Vermächtnissnehmer nicht nacheinander, sondern nebeneinander bedacht. [2])

IIa. Wenn dagegen ein pflichttheilsberechtigter Vermächtnissnehmer mit einem Untervermächtniss beschwert ist, so muss er, sofern er das Vermächtniss annimmt, auch alle weiteren, auf demselben lastenden Beschwerungen in voller Höhe leisten. [3]) Es geht sogar § 2307 S. 2 noch weiter, indem er bei Berechnung des Werthes des Obervermächtnisses zwecks Ermittlung dessen, ob der Pflichttheil durch das Vermächtniss gedeckt ist oder nicht, all diese Beschwerungen nicht mit in Ansatz bringt. [4]) Es werden also die Untervermächtnissnehmer von dem Pflichttheilsrechte des beschwerten Obervermächtnissnehmer zunächst nicht berührt.

b) Schlägt dagegen der Pflichttheilsberechtigte das

---

[1]) Vrgl. die analoge Bestimmung des § 351. I. 12. A. L. R., ferner § 141 des Theilentwurfes nebst Begründung S. 322.

[2]) Vrgl. Planck Anm. ad § 2188. Staudinger Anm. I. 1 b ad § 2188. Die Motive sagen irrthümlicherweise: „als wären die Vermächtnissnehmer nebeneinander beschwert." Ebenso Böhm S. 618. Motive V. S. 207.

[3]) Vrgl. Endemann S. 577. Anm. 31.

[4]) Vrgl. Planck Anm. 2 b ad § 2307.

Vermächtniss nach § 2307 S. 1 aus,[5]) so bleiben nach § 2161 die Untervermächtnisse gleichfalls in Kraft. Nur gelten alsdann hinsichtlich der Pflichttheilslast die Regeln des § 2321, auch besteht nach § 2322 im Verhältniss zu den Untervermächtnissnehmern das oben besprochene Kürzungsrecht.

c) Denkbar ist endlich, dass ein Vermächtniss einem Pflichttheilsberechtigten ausgesetzt und dieser mit einem Untervermächtniss an einen gleichfalls Pflichttheilsberechtigten beschwert wurde. Schlägt hier der Obervermächtnissnehmer aus, so gelten bezüglich des pflichttheilsberechtigten Untervermächtnissnehmers die allgemeinen Grundsätze der §§ 2322 und 2307 d. h. auch der pflichttheilsberechtigte Untervermächtnissnehmer wird sich die Kürzung des § 2322 gefallen lassen müssen. Unbenommen bleibt ihm natürlich das Recht, nach § 2307 Ergänzung von dem Erben zu fordern, soweit der Werth des Vermächtnisses den Pflichttheil nicht deckt.

---

§ 33.

II. Befreiung der Vermächtnissnehmer infolge Ueberwälzung der Pflichttheilslast.

Während die Pflichttheilslast wie gezeigt, sich in der Regel auf Erben und Vermächtnissnehmer gleichmässig vertheilt, konzentriert sie sich unter Umständen in einer bestimmten Person, wobei dann das allgemeine Kürzungsrecht des § 2318 entfällt. In Betracht kommen die Fälle, in denen der Erblasser das, was er dem Pflichttheilsberechtigten hätte zuwenden sollen, einer dritten Person vermacht hat. Hier hat alsdann dieser Dritte zunächst die Pflichttheilslast allein zu tragen. Es stehen mithin diese

[5]) Vergl. Endemann S. 603, 604 und Anm. 16. Staudinger S. 421. § 2188 Anm. III.

Fälle mit dem Gegenstande unserer Untersuchung insofern in Zusammenhang, als aus ihnen hervorgeht, inwieweit das Pflichttheilsrecht die Vermächtnissnehmer nicht berührt. Bemerkt sei, dass auch diese Vorschriften sich lediglich auf das innere Verhältniss der eventuell Beitragspflichtigen beziehen.

Näherhin gestaltet sich die Sachlage wie folgt:[1])

I. Nach § 2320 hat im Verhältniss der Miterben zu einander die Pflichttheilslast allein zu tragen, wer an Stelle des Pflichttheilsberechtigten gesetzlicher Erbe wurde, oder das dem Pflichttheilsberechtigten Gebührende durch letztwillige Verfügung erhalten hat.

II. Gleichfalls hat derjenige die Pflichttheilslast allein zu tragen, der von der Ausschlagung eines dem Pflichttheilsberechtigten zugewendeten Vermächtnisses den Vortheil hat (§ 2321).[2])

In beiden Fällen erstreckt sich diese Pflicht jedoch nur auf Deckung der Pflichttheilslast „in Höhe des erlangten Vortheils." In dieser Höhe darf dann der Erbe wegen der Pflichttheilslast dem Vermächtnissnehmer keine Abzüge machen.[3])

Soweit jedoch die Zuwendung an den in §§ 2320, 2321 Bezeichneten den zu entrichtenden Pflichttheil nicht deckt, entsteht eine neue Pflichttheilslast, die sich wiederum nach den allgemeinen Grundsätzen des § 2318 vertheilt.

Also wenn z. B. dem Pflichttheilsberechtigten, dessen Pflichttheil 5000 beträgt, ein Vermächtniss von 3000 zugewandt wurde, und er dieses Vermächtniss, mit dem der Miterbe A. beschwert war, ausschlägt, so hat A. zunächst in Höhe des erlangten Vortheils, also in Höhe von 3000 die Pflichttheilslast zu tragen. Der Restanspruch des Pflichttheilsberechtigten in Höhe von 2000 aber bildet eine

---

[1]) Vrgl. Endemann S. 603 Anm. 15 und S. 604 Anm. 17. Strohal S. 243. II. 244. Böhm S. 459, 460 sub IV und V. Schiffner S. 60. Kipp. l. c. S. 406 sub a. Frommhold Anm. 1 ad § 2320.

[2]) Vrgl. Kipp l. c. S. 406 sub b. Frommhold ad § 2321.

[3]) § 2323. § 2320. Vrgl. Planck Anm. 4 ad § 2320.

nach § 2318 unter Miterben und Vermächtnissnehmer zu vertheilende Last.[4])

III. Besonders normiert[5]) ist endlich die Frage, wie es mit den auf einem solchen vom Pflichttheilsberechtigten ausgeschlagenen Erbtheil bezw. Vermächtniss lastenden Beschwerungen zu halten sei. Hier ist nun mit Rücksicht auf die besondere Vertheilung der Pflichttheilslast gemäss §§ 2320/2321 in § 2322 dem Beschwerten ein gegenüber § 2318 erweitertes Kürzungsrecht dahin eingeräumt, dass die Vermächtnisse einem Abzuge soweit unterliegen, dass dem Betroffenen der zur Deckung der Pflichttheilslast erforderliche Betrag verbleibt. Also wird hier derjenige, dem die in § 2322 bezeichnete Ausschlagung zu Statten kam, zunächst die ihm nach §§ 2320/2321 allein obliegende Pflichttheilslast berichtigen und nur einen etwaigen Ueberschuss an die Vermächtnissnehmer herausgeben. Freilich wird in praxi ein solcher Ueberschuss über den Pflichttheil sich nur selten ergeben, da ja regelmässig eben die Ueberschwerung für den Pflichttheilsberechtigten den Grund der Ausschlagung bilden wird. Soweit jedoch andererseits die ausgeschlagene Erbschaft oder das Vermächtniss ausreicht, sind neben dem Pflichttheil auch die Vermächtnisse zu leisten.

Zutreffend begründet Planck[6]) den Rechtsgrund dieses besonders gestalteten Kürzungsrechtes dahin, dass derjenige, der „erst durch die Ausschlagung des Pflichttheilsberechtigten einen erbrechtlichen Vortheil erlangt, nicht in demselben Maasse begünstigt ist wie der von vornherein Berufene".

Bei dieser Normierung muss eigentlich der in § 2323 aufgestellte Satz: „Der Erbe kann die Erfüllung eines Vermächtnisses oder einer Auflage auf Grund des § 2318, 1, insoweit nicht verweigern, als er die Pflichttheilslast nach

---

[4]) Vrgl. Motive V S. 424. Die Motive erwähnen den Fall, verzichten aber auf eine besondere gesetzliche Regelung mit Rücksicht sowohl auf die Seltenheit des Falles als die Schwierigkeit einer vollkommen verständlichen Normirung.

[5]) Endemann S. 604 Anm. 16. Strohal S. 243. III und IV. Kipp S. 406 sub c. Planck ad § 2321. Frommhold ad § 2322.

[6]) Planck S. 600 Anm. 2 ad § 2322.

den §§ 2320—2322 nicht zu tragen hat“ überflüssig erscheinen, insofern er etwas ganz selbstverständliches besagt. Denn wo keine Pflichttheilslast vorhanden ist bezw. von einem Dritten getragen wird, kann doch der Erbe „wegen dieser“ für ihn nicht existierenden Last dem Vermächtnissnehmer auch keine Abzüge machen.[7])

---

§ 34.

III. Dispositiver Charakter dieser Vorschriften.[1])

Nach § 2324 ist es dem Erblasser gestattet, von den Vorschriften des § 2318 Abs. 1 und der §§ 2320—2323 abweichende Anordnungen zu treffen. Indessen beziehen sich diese Dispositionsbefugnisse in gleicher Weise wie die Vorschriften über die Vertheilung der Pflichttheilslast lediglich auf das Verhältniss der Erben und Vermächtnissnehmer untereinander. Dem Pflichttheilsberechtigten ist und bleibt stets nur der Erbe verhaftet.

Der Erblasser kann also die Pflichttheilslast entweder einem Erben allein auferlegen unter Entziehung des Kürzungsrechtes des § 2318, 1; oder er kann einen Vermächtnissnehmer allein mit dem Pflichttheil belasten, oder er kann bestimmen, dass trotz Vorliegens der Voraussetzungen der §§ 2320—2322 die Pflichttheilslast von allen Betheiligten zu tragen sei. Ferner liegt es in seiner Macht anzuordnen, dass ein Vermächtniss vor den übrigen den Vorzug habe.[2]) Ein solches darf dann erst gekürzt werden, wenn der Betrag der übrigen Vermächtnisse und Erbtheile zur Deckung der Pflichttheilslast nicht ausreicht.

---

[7]) Vrgl. auch Planck S. 601 ad § 2323: „Die Vorschrift enthält im Grunde nur eine nähere Bestimmung des § 2318, 1 dahin, dass das gewährte Kürzungsrecht dem Erben nur nach Maassgabe der sich endgiltig herausstellenden Pflichttheilslast zusteht.“ Vrgl. Endemann S. 604, Nr. 4 und 605 Anm. 21. Böhm S. 461, VI.

[1]) Vrgl. Schiffner S. 61. Strohal S. 244 VI. Böhm S. 457 II und Anm. 5. Endemann S. 601, Anm. 2 und S. 604 Nr. 4 und Anm. 20. Matthiass S. 524 C. Planck ad § 2324. Frommhold ad § 2324.

[2]) § 2189 B. G. B.

Nur eines kann der Erblasser nicht anordnen: dass nämlich der pflichttheilsberechtigte Erbe auf das ihm von Abs. 3 § 2318 eingeräumte Vorzugsrecht verzichte und ohne Rücksicht auf sein Pflichttheilsrecht die Vermächtnisse trotz des Hinzutritts eines weiteren Pflichttheilsberechtigten berichtige. Denn das Pflichttheilsrecht steht unabhängig vom Willen des Erblassers da: die Vorschrift des Abs. 3 § 2318 ist zwingender Natur.[3]) Es erscheint daher die Nichtaufnahme des Abs. 3 § 2318 im § 2324 wohl begründet.[4]) Ebensowenig kann der Erblasser eine vom Abs. 2 § 2318 abweichende Anordnung treffen.[5])

---

§ 35.

IV. Ausübung des Kürzungsrechtes.

§ 2318 Abs. 1 sagt: „Der Erbe kann die Erfüllung eines ihm auferlegten Vermächtnisses . . . . . insoweit verweigern . . . .“

Ohne uns des Näheren auf die vielumstrittene Frage nach der Natur der Einrede im Sinne des B. G. B. einzulassen, entscheiden wir uns dafür, dass nach der Fassung dieses § hier einer der gewöhnlich sog. Fälle einer peremptorischen Einrede zu finden ist.[1])

Der vom Vermächtnissnehmer auf Leistung des vollen Betrages des Vermächtnisses belangte Erbe wird daher dem Vermächtnissnehmer die Einrede aus § 2318 Abs. 1 entgegensetzen mit dem Antrage: Die Klage in Höhe des

[3]) Planck S. 563 sub c. und Anm. 5 ad § 2318.

[4]) Zweifelhaft, aber sicher unrichtig, Kipp l. c. S. 405, der mit der Motivierung: „Der Erblasser könne nach § 2306 Abs. 1 S. 2 den Pflichttheilsberechtigten beliebig belasten“, dem Erblasser auch das Recht einräumen will, dem Pflichttheilsberechtigten das Kürzungsrecht des § 2318, 3 zu entziehen.

[5]) Vrgl. Planck ad § 2324 und Anm. 5 ad § 2318.

[1]) Vrgl. Planck Anm. 1 ad § 2318. Näheres bei Fischer-Henle Anm. 6 ad § 202 B. G. B. Bemerkt sei, dass im Text das Wort „Einrede“ in dem Sinne gebraucht wird: „Das Recht eine geschuldete Leistung zu verweigern.“ Fischer-Henle l. c.

Ueberschusses über den nach Abzug des auf den Vermächtnissnehmer entfallenden Antheils der Pflichttheilslast verbleibenden Betrag abzuweisen. Die Grundlagen dieser Einrede hat er (der Erbe) nach den allgemeinen Regeln über die Vertheilung der Beweislast darzuthun.[2])

Im Falle des § 2318 Abs. 2 wird der Erbe der Klage des Vermächtnissnehmers die Einrede aus Abs. 1 § 2318 entgegensetzen, wogegen der pflichttheilsberechtigte Vermächtnissnehmer die Replik aus Abs. 2 § 2318 geltend machen wird.[3])

Da ein untheilbares Vermächtniss einer solchen realen Kürzung nicht fähig ist, so wird man dem Vermächtnissnehmer einen Anspruch auf das ganze Vermächtniss einräumen müssen, jedoch unter der Verpflichtung, dass er (der Vermächtnissnehmer) dem Beschwerten eine dem Betrage des auf ihn entfallenden Antheils der Pflichttheilslast entsprechende Entschädigung leiste. Oder aber es wird der Erbe, wenn sich der Vermächtnissnehmer damit nicht einverstanden erklärt, den Vermächtnissnehmer durch Leistung eines dem Werthe des gekürzten Vermächtnisses gleichkommenden Betrages abfinden dürfen.[4])

---

[2]) Vrgl. Endemann S. 602 Anm. 9.
[3]) Vrgl. Endemann S. 603 Anm. 13.
[4]) Vrgl. Planck Anm. ad. § 2188.

Nachtrag:

Ueber den Einfluss einer unbeabsichtigten Uebergehung eines Pflichttheilsberechtigten hinsichtlich der Vermächtnisse.[1])

§ 36.

In Betracht zu ziehen sind hier die Fälle der Uebergehung eines Nachgeborenen oder eines solchen Pflichttheilsberechtigten, von dessen Existenz der Erblasser bei Errichtung der letztwilligen Verfügung keine Kenntniss hatte. Sofern es sich hierbei um Uebergehung eines Verschollenen handelt, wird man wohl stets die Nichtberücksichtigung dieses Pflichttheilsberechtigten auf einen Irrthum des Erblassers zurückführen können. Dagegen braucht die Uebergehung eines Nachgeborenen nicht nothwendig in einem Irrthum des Erblassers ihren Grund zu haben.

A. I. Bezüglich der Folgen der Präterition eines Postumus wird auf das oben § 1 Gesagte verwiesen. Eine abweichende Regelung trat sodann im römischen Recht ein, wenn die Präterition auf der irrthümlichen Annahme des Todes des Pflichttheilsberechtigten beruhte. Allerdings konnte der Notherbe auch hier die Querel anstellen.[2]) Jedoch bestand für ihn die weitere Möglichkeit, an Stelle des eingesetzten Erben zu treten unter der Bedingung, die Vermächtnisse zu erfüllen.[3]) Dass diese Entscheidung auf ein Billigkeitsprinzip zurückzuführen ist, liegt in ihrer Abweichung von dem Normalfall, wonach

---

[1]) Wenn auch die Frage nach dem Einfluss der irrthümlichen Umgehung eines Pflichttheilsberechtigten in die Lehre vom Irrthum bei letztwilligen Verfügungen gehört (Vrgl. dazu Endemann S. 581 Nr. 6), erschien es doch angebracht, auf die Folgen einer nicht bewussten Umgehung eines Pflichttheilsberechtigten in Kürze hinzuweisen, dies um so mehr, weil einmal eine solche Umgehung nicht nothwendig auf einem Irrthum des Erblassers zu beruhen braucht, sodann aber, weil das B. G. B. den Fall des § 2079 gegenüber dem § 2078 besonders hervorgehoben hat.

[2]) l 27. D. 5. 2.

[3]) l 28. D. 5. 2. Vrgl. oben § 12.

alle testamentarischen Anordnungen nichtig werden, soweit ein Irrthum des Erblassers vorliegt.[4])

II. Das A. L. R. hat eine merkwürdige Regelung der Frage geschaffen: Wenn die Präterition eines Kindes in dem Nichtwissen von dessen Dasein oder in der irrthümlichen Annahme des Todes des Kindes ihren Grund gehabt hatte, so sollte das übergangene Kind soviel erhalten, wie der am wenigsten begünstigte Erbe.[5]) Im übrigen blieb es bei den testamentarischen Anordnungen. Sofern jedoch dem Erblasser, sei es durch Rückkehr des Uebergangenen oder sonst, das Dasein des Pflichttheilsberechtigten bekannt wurde, und wenn dann der Erblasser noch ein Jahr um die Existenz des Pflichttheilsberechtigten wusste, ohne sein Testament zu ändern, so sollte das Testament in allen Stücken hinfällig werden.[6]) Starb jedoch der Testator trotz dieser Kenntniss vor Ablauf des Jahres, so blieb es bei dem Recht des § 444 II. 2. Es erhellt, inwieweit hier die Vermächtnissnehmer vom Pflichttheilsrecht berührt werden: Im Falle des § 444 haben sie nach den gewöhnlichen Grundsätzen den Uebergangenen abzufinden.[7]) Im Falle des § 450 dagegen gehen sie leer aus.[8])

III. Auch im österreichischen Recht[9]) finden sich Sonderbestimmungen für diese Fälle, jedoch nur zu Gunsten der Kinder.[10]) Im übrigen wird nicht weiter unterschieden, ob das Kind erst nach der Errichtung der letztwilligen Verfügung geboren wurde, oder zu diesem Zeitpunkt schon lebte, irrthümlicherweise jedoch für verschollen gehalten wurde.[11]) Zu beachten ist jedoch, ob im Testament nur Dritte, nicht Pflichttheilsberech-

---

[4]) Mühlenbruch-Glück B. 37. S. 349.
[5]) A. L. R. II. 2. §§ 444, 449.
[6]) A. L. R. II 2 § 450.
[7]) A. L. R. II 2 § 447.
[8]) A. L. R. II 2 § 451.
[9]) Vrgl. Unger l. c. S. 368 flg.
[10]) § 781 österr. Gsb.
[11]) Unger S. 369 Anm. 4.

tigte oder Pflichttheilsberechtigte bedacht sind. Neben Pflichttheilsberechtigten hat das präterirte Kind einen Anspruch auf „den Erbtheil", welcher für den am mindesten begünstigten Notherben ausfällt [12]) bezw. auf einen gleichen Antheil wie die übrigen Erben.[13]) Die so entstehende Last ist von den Erben und Legataren gleichmässig zu tragen.[14]) Sind dagegen nur Fremde bedacht, so ist das ganze Testament ungültig, und es bleiben nur die Legate zu Gunsten öffentlicher Anstalten in Höhe von $^1/_4$ des Nachlasses. [15]). [16]).

IV. Das sächsische Gesetzbuch lässt ohne Unterscheidung zwischen einem Postumus und einem Verschollenen trotz der Präterition die testamentarischen Anordnungen bestehen, giebt aber dem Präterierten sein volles gesetzliches Erbrecht. [17])

B. Das bürgerliche Gesetzbuch hebt gleichfalls in § 2079 den Fall der Präterition eines Unbekannten oder eines nachträglich pflichttheilsberechtigt Gewordenen hervor und deutet durch die Scheidung dieses § von dem Fall des § 2078 an, dass es nicht mehr wie der I. Entwurf § 1782 in der Uebergehung eines solchen Berechtigten stets einen Irrthum erblickt. [18]) Dem Verletzten wird ein Anfechtungsrecht gegeben. Folge der Anfechtung ist Nichtigkeit aller testamentarischen Verfügungen. [19]) Es tritt ge-

---

[12]) § 777 österr. Gsb.

[13]) Unger S. 375. Anm. 14.

[14]) § 783 österr. Gsb.

[15]) § 778 österr. Gsb.

[16]) Beachtung verdient die hier von Unger S. 367 Anm. 14 aufgeworfene Frage, ob es nicht zweckmässiger gewesen wäre, nach Analogie des edictum de legatis praestandis wenigstens die Vermächtnisse an personae exceptae zu erhalten.

[17]) § 2601 Sächs. Gsb.

[18]) Vrgl. Planck Anm. 1 ad § 2079. „Es genügt, dass der Erblasser künftige Ereignisse nicht in Erwägung gezogen hat." Vrgl. auch noch Meischeider S. 150.

[19]) Man kann mit Schiffner (S. 4) in diesen Bestimmungen noch einen „vereinzelten Rest des römisch gemischten Systems" erblicken, in dem der Anspruch auf mehr als den blossen Pflichttheil erweitert wird.

setzliche Erbfolge ein und die Legatare gehen ganz leer aus. [20])

Auch die Bestimmung des S. 2 § 2079 wird ihnen nur in wenigen Fällen nützen, da im allgemeinen die Annahme, es würde der Erblasser auch bei Kenntniss der Sachlage die Verfügung getroffen haben, nicht leicht zutreffen wird.

Der Pflichttheilsberechtigte aber hat die Wahl: nach § 2079 anzufechten oder nach § 2303 seinen Pflichttheil zu fordern.[21])

---

[20]) Zutreffend Wilke Anm. 4 ad § 2079. Schiffner S. 6/7. Dagegen schliessen Strohal S. 166 Anm. 9 und auch wohl Endemann S. 211 Anm. 16 aus dem Passus des § 2079: „Die Anfechtung ist ausgeschlossen, soweit anzunehmen ist...", dass die Anfechtung sich nur auf die dem Erbrecht des Uebergangenen entgegenstehenden Verfügungen bezieht. Auch ist Frommhold nicht beizustimmen, wenn er Anm. 2 ad § 2079 sagt: „Die Wirkung der erfolgreichen Anfechtung ist, dass die Verfügung, insoweit die Anfechtung reicht, nichtig ist." Die nach § 2079 erfolgreiche Anfechtung ergreift das ganze Testament. Die Einschränkung in S. 2 § 2079 beantwortet nur die Frage, wann die Anfechtung zulässig resp. nicht zulässig sein soll. Soweit sie aber im Einzelfall für zulässig zu erachten ist, erstreckt sie sich auf sämmtliche testamentarische Verfügungen.

[21]) Vrgl. Wilke Anm. 3 § 2303. Planck ad § 2303 und S. 566, 3 d.

Lebenslauf.

Ich, Günther Schibalski, geboren zu Gogolin, Kreis Gross-Strehlitz, am 29. August 1880 als Sohn des praktischen Arztes Dr. med. Joseph Schibalski und seiner Ehefrau Emilie, geb. Graeser, jetzt in Kattowitz O.-Schl., evangelischer Religion, erhielt meine erste Schulbildung 4 Jahre lang auf der Städtischen Mittelschule, demnächst auf dem Städtischen Gymnasium zu Kattowitz, das ich Ostern 1899 mit dem Zeugniss der Reife verliess. Im Sommer 1899 bezog ich die Universität, um Rechtswissenschaft zu studieren, und zwar studierte ich im S.-S. 1899 in Marburg a. S., im W.-S. 1899/1900 in Breslau, im S.-S. 1900 in Berlin und vom W.-S. 1900/1901 bis zum Ende meiner Studienzeit wiederum in Breslau.

Währenddessen besuchte ich die Vorlesungen und Uebungen folgender Herren Professoren und Dozenten:

Baumgartner, Brie, Brunner, Burchardt, Dahn, Dernburg, Dicke, Enneccerus, O. Fischer, Freudenthal, Gierke, Gretener, Jacobi, Jörs, Kohler, Lehmann, Leonhard, Schott, Sering, Sombart, Schmoller.

Ihnen allen sage ich an dieser Stelle meinen herzlichsten Dank.

Am 20. Mai 1902 bestand ich die erste juristische Prüfung vor dem Königl. Preuss. Oberlandesgericht zu Breslau und am 19. Juni 1902 das examen rigorosum. Seit dem 7. Juli 1902 bin ich im juristischen Vorbereitungsdienst bei dem Amtsgericht Steinau a. O. beschäftigt.